



DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE COMO FATOR DE PERPETUAÇÃO AD ETERNO DE NORMA INCONSTITUCIONAL

DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY WITHOUT PRODUCTION OF NULLITY AS AN ADVERTISING PERPETUATION FACTOR OF UNCONSTITUTIONAL STANDARD

José Cleusimiro de Almeida Júnior¹

¹Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Evangélica de Goianésia. (2015)

Resumo

Info

Recebido: 07/2017

Publicado: 09/2017

Palavras-Chave

Declaração de Inconstitucionalidade.
Pronúncia de Nulidade. Perpetuação ad Eterno. Norma Inconstitucional.

Keywords:

Declaration of unconstitutionality. Nullity pronouncement. Perpetuation ad Eternal. Standard Unconstitutional.

Este trabalho tem por objeto de estudo, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, prevista no artigo 27 da Lei 9.868 de 1999, como fator de perpetuação ad eterno de norma inconstitucional, desta forma, propõe-se a estudar a base legal do instituto da modulação dos efeitos da sentença como forma de esclarecer, sob a perspectiva jurídica, a perpetuação de normas inconstitucionais, em nome da estabilidade e segurança jurídica. Por fim, analisaremos a conveniência de tal instituto, introduzido no ordenamento brasileiro, fazendo também considerações sobre a viabilidade da modulação de efeitos com base nos princípios da segurança jurídica.

Abstract

This work has as object of study, the declaration of unconstitutionality without nullity pronouncement, laid down in Article 27 of the 1999 Law 9868, as perpetuating factor ad perpetuating of unconstitutional rule, therefore, proposes to study the legal basis of the institute modulation of the effects of the sentence in order to clarify in the legal perspective, the perpetuation of unconstitutional rules in the name of stability and legal certainty. Finally, we analyze the appropriateness of such an institute, introduced in the Brazilian legal system, also making considerations on the feasibility of modulation effects based on the principles of legal certainty.

Introdução

O controle concentrado de constitucionalidade implementado no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 16/65, surgiu com a finalidade de expurgar leis e atos normativos inconstitucionais do ordenamento jurídico, tendo então desde sua gênese, como objeto principal, a verificação da

compatibilidade das leis e atos normativos conforme a Constituição.

Segundo Lenza (2014 p. 328) o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de “concentrar-se” em um único tribunal.

Essa nova espécie de declaração de inconstitucionalidade, que é feita em tese, ou seja, expurga a lei ou ato normativo cívado de vício,

seja material ou formal, não garante de alguma forma de direito subjetivo.

Glauco Simão Leite (2009), ao ensinar sobre controle concentrado afirma:

O controle concentrado é realizado, em regra, de maneira abstrata, isto é, desconexo de qualquer caso concreto ou relação jurídica particular. Sua finalidade é tutelar a ordem constitucional objetiva, purificando o sistema das normas inconstitucionais.

O novo sistema, de controle constitucionalidade - controle concentrado - se une à idéia da supremacia da Constitucional, assim sendo, um verdadeiro mecanismo de verificação de compatibilidade vertical entre a Constituição Federal da República em relação às demais normas jurídicas hierarquicamente inferiores, garantindo-se assim, a validade para os demais atos normativos que abaixo dela se situem, caso compatíveis,

Acerca da rigidez Constitucional, Pedro Lenza (2014, p. 272) preleciona:

Emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.

Assim, a rigidez presume um escalonamento verticalizado de normas onde a Constituição comporta o mais alto nível da hierarquia.

Segundo a teoria de Hans Kelsen (2003, p. 246), ao se tratar da Constituição, e da maneira como hierarquicamente é vista, a eleva como:

Uma norma somente é válida porquê e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada pela outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela[...] a ordem jurídica não é um sistema de normas

jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.

Observe-se, no que se refere ao entendimento que se têm sobre leis, valendo-se ainda das palavras de Alexandre de Moraes no tocante a conceituação e atos normativos, explica Pedro Lenza (2014).

Entende-se por leis todas as espécies normativas do artigo 59 da CF/88, quais sejam: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções”[...] atos normativos, segundo Alexandre de Moraes podem ser “a) resoluções administrativas dos tribunais; b) atos estatais de caráter meramente derogatório, como resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo”.

Nesta perspectiva, Cappelletti apud Lenza (2014, p. 329), ao descrever sobre a teoria da nulidade da lei inconstitucional levando-se em consideração a hierarquia das normas infraconstitucionais, em relação à Carta Magna preconiza que:

A lei inconstitucional, porque constrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (‘null ad void’) e, por isto, ineficaz, pelo que o juiz, que exerceo poder de controle, não anula, mas, meramente declara (preexistente) nulidade da lei inconstitucional.

Marco importante foi a promulgação da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, onde previu expressamente no artigo 27 a mitigação do princípio da nulidade no controle concentrado observados o princípios da segurança jurídica ou de excepcional interesse público além do quórum de maioria de dois terços. Neste viés a referida lei, é introduzida como marco regulamentador da

restrição dos efeitos da sentença nas ações declaratórias de inconstitucionalidade (efeitos *ex tunc*) além de determinar sua eficácia *opere pro futuro*, sob a argumentação de que a manutenção da norma inconstitucional poderá causar menores prejuízos que a sua expurga.

Nesse sentido, com bastante propriedade, estabelece o art. 27 da Lei n. 9.868/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O dispositivo supracitado o instituto da modulação dos efeitos da sentença, dada a essa característica, a forte influência da constituição austríaca elaborada sob a égide das teorias de Hans Kelsen, no modelo americano, até então como em regra adotado no Brasil no que se refere à ineficácia *ab initio* inerentes aos efeitos prospectivos da declaração, bem como a legalização da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Ressalte-se que tal princípio já era utilizado no sistema de controle de constitucionalidade alemão¹.

A doutrina inconstitucionalidade *ab initio*, nas palavras de Lenza (2014, p. 258), está a ideia de ter “nascido morta” (“*natimorta*”) já que existente quanto ato estatal, contudo, em desconformidade (seja razão de vício formal ou material) em relação de “bloco de constitucionalidade” (ou paradigma de controle), consagra a teoria da nulidade, afastando a incidência da teoria da anulabilidade.

Assim sendo, a eficácia *ex tunc* poderá ser relativizada se se verificar que a

pronúncia de nulidade poderia, em tese, causar prejuízos maiores.

Bulos (2010, p. 362) ao tratar do instituto da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade nos ensina que já vinha sendo utilizado pelo no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro desde 1946.

Observa-se que a declaração de inconstitucionalidade poderá ocorrer sem pronúncia de nulidade, uma vez que se encontra amparada pelo instituto da mitigação do princípio da nulidade no controle concentrado que se constata a possibilidade de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela somente tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha ser fixada, segundo art. 27 da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999.

O princípio da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade foi introduzido no direito brasileiro, por influência do direito alemão, como uma maneira de se evitar um “autêntico caos jurídico” (termo utilizado pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682.), sendo assim, na forma de verdadeira mitigação do princípio da nulidade, que vigorava como regra no controle concentrado dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Diante do exposto ressalte-se a possibilidade de uma eventual declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade como fator de perpetuação de norma inconstitucional no ordenamento jurídico, pela simples manutenção de norma inconstitucional, em nome da estabilidade e segurança jurídica no Brasil, tema este que será apresentado no decorrer do presente artigo.

1. Inconstitucionalidade das Leis no Direito Constitucional Brasileiro

A inconstitucionalidade das leis, segundo Tavares (2010, p. 212) é a expressão, em seu sentido mais lato designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição. Assim serve tanto para caracterizar o fato juridicamente relevante da conduta

¹ O ministro do STF Gilmar Mendes na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682, observou forte influência do direito alemão, sob a perspectiva de afastar omissões legislativas técnicas processuais, dentre elas, a que mais se destaca é a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, denominada *Unvereinbarerklärung*.

omissiva do legislador, o que poderia dar ensejo, no Direito Brasileiro ao mandado de injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão como também serve para indicar a incompatibilidade entre o ato jurídico (lato sensu), seja o privado, seja o público, e a Constituição.

Entende-se por inconstitucionalidade, a desconformidade entre a lei ou ato normativo em face Daquela que a dê validade, ou seja, a Constituição.

Muito próximo da aludida conceituação de inconstitucionalidade apresentada está as palavras de Carvalho (2010, p. 387) in verbis: “Designando conceito de relação, entende-se por inconstitucionalidade a desconformidade de um ato normativo do poder político referente à Constituição”.

Segundo estudos, Bulos (2010, p.181) afirma que em Atenas na Grécia, cinco séculos antes de cristo, já se tratava da inconstitucionalidade das leis, este é o antecedente mais remoto do controle de constitucionalidade, o autor fazendo uma síntese do assunto nos ensina que *graphé paranomon*, o nome que era dado ao referido controle significa “termo de ajuste de contas”, acerca deste instituto ensina o autor:

Por seu intermédio era possível verificar se uma lei, votada pela assembléia popular em face do Direito ancestral, estava em consonância com os interesses da maioria. [...] mediante a *graphé paranomon*, um júri, escolhido por sorteio, poderia reverter e até anular, uma proposta de lei inconstitucional, punindo seu respectivo autor.[...] com o tempo a *graphé paranomon*, foi substituído pela *graphi nomon me epitedeion theinai*, que, na prática, não trouxe maiores novidades

Para Silva (2009, p.46) o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com

a atuação positiva de acordo com a Constituição exige mais, pois assim determina, também constitui conduta constitucional.

2. Espécies de Inconstitucionalidades

Há um escalonamento verticalizado de normas onde a Constituição está no mais alto grau de validação de normas hierarquicamente inferiores.

Neste sentido Moraes (2014, p. 721)

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislados encontrará a forma de elaboração legislativa de seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo no exercício da função legiferante ordinária.

Neste sentido percebe-se que com a inobservância de regras instituídas pela Constituição, no que tange a elaboração de Leis, acarretará em vício insanável de inconstitucionalidade, tais vícios poderão de decorrer de inúmeras hipóteses, ou seja, várias espécies de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade por ação segundo Manzione (2014, p.159) abrange os atos legislativos incompatíveis com o texto constitucional, ocorre a produção de atos legislativos que contrariam normas e princípios da Constituição, ou seja de uma ação positiva se

origina a inconstitucionalidade que acabe por ferir a Constituição.

Ainda no pensamento do autor supracitado a inconstitucionalidade por omissão refere-se à falta de ato que deixa de seguir norma programática estabelecida na Constituição, ou seja, quando se deixa de dar execução a um programa traçado pela Constituição, marcado por um non facere legislativo.

Nesse sentido, pressupõe-se a violação constitucional pelo “silêncio legislativo” (violação por omissão), expressão utilizada por Canotilho (2003, p. 982).

A inconstitucionalidade material, diz respeito ao conteúdo da lei ou ato normativo, que por contrariar diretamente algum preceito constitucional.

Nesse sentido preleciona Lenza (2014, p. 290):

O vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à matéria, ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. Não nos interessa saber aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo.

Percebe-se que a inconstitucionalidade material relaciona-se intrinsecamente com a violação do conteúdo constitucional

Verifica-se a existência da inconstitucionalidade formal pela inobservância de competência legislativa ou processo legislativo

Lenza (2014, p. 287) preleciona que;

Como o próprio nome induz, a inconstitucionalidade formal, também conhecida como nomodinâmica, verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua “forma”, ou seja, em seu processo de formação, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração, ou ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente.

A inconstitucionalidade formal quando elaborado por um procedimento contrário à Constituição, ou quando emana de órgão incompetente, ou ainda, quando é criada em tempo proibido. (Bulos, 2010)

A inconstitucionalidade será total quando incidir no ataque à íntegra do diploma legal, ou seja, por inteiro.

A inconstitucionalidade será parcial, quando recair sobre alguns ou um único dispositivo, fração e até mesmo sobre uma palavra, daquele diploma legal.

Considerando-se o princípio da parcelaridade, onde nem sempre uma lei ou ato normativo podem ser declarados totalmente inconstitucionais, é possível que o texto não prejudicado ainda conviva em perfeita harmonia com o ordenamento.

Entende-se por inconstitucionalidade direta, também chamada de expressa, mediata ou manifesta, aquela que afronta dispositivo explícito da Constituição.

A inconstitucionalidade indireta ocorre quando o ato objeto de discussão, de maneira oblíqua ou reflexa.

Segundo Bulos (2010, p.155), a inconstitucionalidade originária é aquela em que o ato, emanado do órgão legislativo, fere norma constitucional em vigor. Tal inconstitucionalidade é adjetivada de originária porque o vício que contamina o ato advém de seu próprio nascimento. A lei já nasce com um defeito congênito em sua configuração.

A inconstitucionalidade superveniente é aquela em que o ato, emanada do órgão legislativo, viola norma constitucional que ainda será editada. (Bulos, 2010)

Percebe-se que o adjetivo de superveniência é de decorrente sobrevinda inconstitucionalidade tendo como parâmetro, novo texto constitucional.

3. Flexibilização da Teoria da Nulidade no Direito Comparado

A teoria da flexibilização da nulidade por sua vez já vinha sendo adotada em países como a Alemanha, Espanha e Portugal.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional (Bundesverfassungsgericht) –órgão encarregado de controlar a constitucionalidades de normas – consagra o princípio da nulidade.

Entretanto Gilmar Mendes apud Lenza (2014, p.180) aponta várias técnicas surgem no sentido de resolver alguns problemas trazidos pela rigidez do princípio da nulidade (o que é reconhecido como constitucional), destacando-se o “apelo ao legislador”, ou “situação ainda inconstitucional” (Appellentscheidung) e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (Unvereinbarkeitserklärung) – omissão parcial; exclusão de benefícios incompatível com o princípio da isonomia; ameaça de caos jurídico, lacunas ameaçadoras.

No caso de Portugal, muito embora a declaração de inconstitucionalidade da lei inconstitucional seja regra geral, permitindo a modulação dos efeitos da decisão, bem como a desconstituição da coisa julgada em matérias específicas e desde que haja expressa determinação pelo Tribunal Constitucional

Nesta mesma perspectiva a Espanha, por força prevista no Título IX da Constituição de 27 de dezembro de 1978, prevê-se o controle concentrado de leis, mediante ação direta interposta perante o Tribunal Constitucional.

Faz-se necessário trazer aqui os ensinamentos de Garcia de Enterría apud Lenza (2014, p. 278) que ensina:

Garcia de Enterría, na Espanha, destaca a hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e pro futuro tendo como precedente a Sentença nº 45/1989.

Na França a lei de revisão constitucional realizada em julho de 2008, consagrou o controle de constitucionalidade denominado *exception d'inconstitutionnalité*, determinando neste sentido, que, as sentenças que declarem leis inconstitucionais tenham eficácia *ex nunc*.

Para mais compreensão do que se trata de mitigação do princípio da nulidade na França Alexandre de Moraes (2014) preconiza:

A Constituição Francesa, com as subsequentes modificações da lei de revisão constitucional, passou a determinar que qualquer dispositivo legal declarado inconstitucional repressivamente pelo Conselho Constitucional, por provocação do Conselho de Estado (Conseil d'Etat) ou da Corte de Cassação (Cour de Cassation), será expurgado do ordenamento jurídico com efeito *erga omnes*, não retroativos (*ex nunc*), *restitutórios* e vinculantes para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais

Em relação à Áustria, em 1929, a regra que negava qualquer retroatividade às decisões e pronunciamentos da Corte Constitucional foi atenuada, fixando-se a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à decisão anulatória, diga-se de passagem, a mitigação do princípio da nulidade no controle concentrado de leis e atos normativos no Brasil teve clara a influência austríaca como sua origem. (Lenza, 2014)

Por sua vez nos Estados Unidos, tendo como precedente o caso *Likletter v. Walker*, que, reconhecendo a inconstitucionalidade de lei que permitia devido sistema de colheita de provas não retroagiria para invalidar as decisões já proferidas à época, baseada em provas colhidas pelo aludido sistema inconstitucional. Adotou o instituto da mitigação do princípio da nulidade.

Na América do Sul, países como Panamá, México, Colômbia, Guatemala, Bolívia, Venezuela, Peru e Equador, vêm admitindo que as decisões que declarem a nulidade de leis ou atos normativos contrários às suas respectivas constituições, operem efeito pro futuro.

Allan Brewer-Cariás apud Moraes (2014, p.779) aponta que;

A tendência contemporânea na América Latina de concessão de efeitos ex nunc ao controle concentrado de constitucionalidade, em face das inúmeras repercussões decorrente de uma declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afirmando que “o princípio geral em relação aos efeitos temporais das decisões adotadas em matéria de controle de constitucionalidade de leis, é que essas têm efeitos erga omnes, dado seu caráter anulatório, então somente tem efeitos constitutivos, ex nunc, pro futuro; é dizer não tem efeitos retroativos.

Neste contexto resta claramente evidenciado a mitigação do princípio na nulidade no direito, nas suas mais variadas contextualizações globais. Alcançando o ordenamento jurídico de vários países de todo o mundo, desde à Europa à América Latina.

4. Flexibilização da Teoria da Nulidade no Direito Brasileiro

No que se refere à flexibilização da teoria da nulidade no direito constitucional brasileiro, é necessário partir de uma contextualização histórica do instituto declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

É preciso ressaltar a omissão do tema na Constituição Imperial de 1824, que não trouxe em seu bojo o tema relacionado ao controle de leis e atos normativos, uma vez que atribuía somente ao Poder Legislativo o conhecimento quanto ao sentido da norma.

Assim sendo, a aludida onisciência legislativa quanto ao verdadeiro sentido da norma foi sintetizado por Pimenta Bueno apud Bulos (2010, p.126):

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele, exclusivamente ele, é quem tem o direito de interpretar seu próprio ato, suas próprias vistas sua vontade, seus fins.

Mais ainda, Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 186) ensina que o controle de constitucionalidade no Brasil, surgiu na Constituição republicana de 1891, na sua modalidade difusa, e que por sua vez, com clara influência do modelo norte-americano sendo assim:

Inaugurou em termos constitucionais positivos, o modelo brasileiro de controle jurídico-difuso de constitucionalidade. Ruy Barbosa, inspirado pelo Direito Constitucional americano, teve especial influência nesse sentido, embora o artigo 3º do Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, já previsse a via incidental, ao dizer que, “na guarda e aplicação da Constituição e das leis

nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte”. A chamada Constituição provisória de 1890 também previa a fiscalização judicial (art. 58 I, a e b)

O sistema adotado pela Constituição de 1891 foi mantido pela Constituição de 1934, que estabeleceu institutos, tais como a Ação direta de Inconstitucionalidade Interventiva, Cláusula de Reserva de Plenário e competência do Senado Federal para suspender a execução no todo ou em parte da lei declarada inconstitucional.

Em 1937 a Constituição brasileira denominada Polaca fortaleceu de tal maneira o poder Executivo a fim de atribuir autoridade suficiente ao presidente da república para interferir nas decisões do poder judiciário acerca de questões relativas ao Controle de Constitucionalidade. A restauração da competência originária ao Supremo Tribunal Federal somente ocorreu com na Constituição de 1946 pela Emenda Constitucional 16 de 1965 no processo nacional de redemocratização instaurado no país.

Nesse sentido, destaca Lenza, (2014, p.284) que:

A Constituição de 1946, fruto do movimento de redemocratização e reconstitucionalização instaurado no País, flexibilizou a hipertrofia do Executivo, restaurando a tradição do sistema de controle de constitucionalidade. Através da EC n. 16 DE 26.11.1965, criou-se no Brasil uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do STF, para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, a ser proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República. Estabeleceu-se, ainda, a possibilidade de controle concentrado em âmbito estadual.

Grandes nomes da doutrina constitucionalista brasileira preconizam que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade já fora utilizado desde Constituição Federal de 1946 dentre eles Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 362) que é categórico ao afirmar que o aludido princípio já era utilizado desde a Constituição de 1946 na medida em que:

O princípio da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é velho conhecido nosso. Desde a Constituição brasileira de 1946 (art. 7º, VII, c/c o art. 13), passando pela de 1967/69 (art. 10, c/c o art 11, §2º), que essa autêntica modalidade de decisão vigora entre nós.

A Constituição Federal de 1967 assim como a Emenda Constitucional. Nº 1/69, não trouxeram muitas novidades no que concerne ao controle de constitucionalidade. Todavia, a referida Emenda previu o controle de constitucionalidade em âmbito municipal, para fins de compatibilidade com a Constituição Estadual. Entretanto, merece destaque o Recurso Extraordinário n.º 78.594/SP, que inovou o ordenamento jurídico nacional como precursor da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

A partir da vigência da Constituição brasileira de 1988 o controle concentrado de constitucionalidade ganhou ampliação em âmbito federal. Em seu artigo 103 no que tange a propositura da representação de inconstitucionalidade, surgiram dentre instrumentos típicos do controle de inconstitucionalidade, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e Ação Declaratória de Constitucionalidade instituída pela EC n. 3/93, também a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, por influência do artigo 283 da Constituição Portuguesa, o denominado Controle de Constitucionalidade por Omissão, buscando combater a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e especificamente da Lei

9.868/99, consagrou-se, no âmbito do controle concreto de inconstitucionalidade, a doutrina da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Diferentemente da doutrina inconstitucionalidade ab initio – que ainda é a regra, diga-se de passagem – trouxe a possibilidade de restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No que tange aos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, no controle concentrado de leis e atos normativos, considere-se que, em que pesem todos os fundamentos para que os efeitos da decisão declaratória de constitucionalidade surtam efeitos ex tunc, invalidando a norma ab initio, surge como uma inovação no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o fenômeno, chamado por alguns autores, dentre eles, Alexandre de Moraes, Gilmar Ferreira Mendes, Pedro Lenza e Uadi Lâmega Bulos, em mitigação do princípio da nulidade no controle concentrado.

A respeito do assunto tratado no parágrafo anterior, Lenza (2014, p. 263) salienta o seguinte:

Toda a evolução e movimento verificados no direito estrangeiro também foram considerados no Brasil, que “legalizou” a tendência jurisprudencial que já vinha sendo percebida, muito embora lentamente, a flexibilizar a rigidez do princípio geral – e que ainda é regra, diga-se de passagem – da nulidade da lei declarada inconstitucional no controle concentrado.

Assim, autor afirma que a regra adotada no Brasil era da nulidade da lei. Cumpre ressaltar, que a declaração de inconstitucionalidade é dotada de efeitos retroativos e anula a lei, por considerá-la natimorta, com vício congênito e insanável, devendo assim ser totalmente expurgada do sistema jurídico. inclusive “pode-se afirmar que a maioria da doutrina brasileira acatou, inclusive por influência do direito norte-americano, a caracterização da teoria da nulidade ao se declarar

a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (afetando o plano da validade)”. (Lenza, 2014)

Na medida em que surgiu a espécie de flexibilização da teoria da nulidade leis inconstitucionais, a inconstitucionalidade insanável vem sendo afastada pela jurisprudência, em razão da segurança jurídica.

Nesses termos, Lúcio Bittencourt apud Lenza (2014, p. 262) preconiza:

A doutrina da ineficácia ab initio da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário.

Ressalte-se que a declaração de inconstitucionalidade em regra, vinha sendo aduzida na perspectiva de trazer a ideia de inaptidão para produzir efeitos.

Confirmando o exposto, faz-se a necessidades de apresentar as palavras de Miguel Reale apud Bastos (2002, p. 625);

A invalidade de qualquer ato jurídico, traduz-se numa inaptidão para produzir efeitos de direito, porque não foi produzido quer no que diga respeito à sua forma, quer no que se refira ao seu conteúdo, segundo os ditames fixados pela norma superior. Ter validade jurídica significa existir perante o direito, ser por ele tido em linha de conta, dispor de uma posição no seu sistema, vincular-se, enfim, às demais normas.

Contudo, como já apontado anteriormente, dentre outras prerrogativas do Supremo Tribunal Federal segundo a lei 9.868/99, observado os princípios da segurança jurídica ou excepcional interesse público, terá o poder de decidir que a declaração de inconstitucionalidade só tenha eficácia em outro momento que o Pretório Excelso entenda necessário. Contudo, cumpre ressaltar que, com uma eventual declaração de inconstitucionalidade pressupõe a

necessidade de regularização no que tange o alcance da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Assim sendo, observa-se que a existência de uma eventual declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, observando-se o artigo 27 da Lei 9.868/99, e por sua vez decidindo o STF devido a razões de interesse público ou segurança jurídica pela a manutenção da vigência da lei por prazo determinado até a edição de nova norma pelo Poder Legislativo acarretaria em termos práticos, a perpetuação ad eterno de norma inconstitucional. Tal fenômeno poderá ser verificado no eventual deferimento de liminar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Legislativa, onde o Poder Judiciário poderá estabelecer prazo para que o Poder legislativo Elabore determinada Lei, sem que com isso fira o princípio da separação dos poderes, e sem que tudo isso o poder Legiferante o faça.

Nesse viés Moraes (2014, p. 781):

[...] declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade com a manutenção da vigência da lei por determinado prazo até a edição de nova norma pelo Poder Legislativo poderá acarretar a perpetuação ad eterno de norma inconstitucional.

Assim, ao se conferir as matérias de fato e de direito, será estudado o instituto da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade como possível fator de perpetuação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos inconstitucionais, além de seus pontos peculiares, tanto processuais quanto de direito material, pois se trata de um instituto constitucional previsto no ordenamento jurídico constitucional.

5. Perpetuação *Ad Eterno*

A par da afirmação de Bulos (2014) de que “a Carta de 1988 não deu ao STF a competência para expedir provimentos normativos. O que a Constituição outorgou-lhe

foi o poder de cientificar o legislador inadimplente para que ele crie a norma, mas não atuar como legislador positivo, papel “que ele próprio se tem recusado a exercer” (STF, ADIn 267-MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ, 146:424,1993.

Ainda afirma o autor que ainda pela letra fria do art. 103, da Carta de 1988, o máximo que o Supremo Tribunal Federal pode fazer é comunicar ao Legislativo a necessidade futura de lei para sanar a falta de normatividade. O que por sua vez não ocorrendo não haverá sanção ao Legislativo, em função do princípio da Separação dos poderes, diante do exposto que a manutenção de norma inconstitucional até a primeira possibilidade de normatização, e esta por sua vez não ocorrendo – ressalte-se a não possibilidade de punição ao legislativo, diga-se de passagem – sem sombra de dúvidas eternizará uma inconstitucionalidade.

Neste sentido no que se diz respeito ao exposto diz Mendes (2004, p. 241) preleciona que;

[...] É certo que ela contém um juízo de desvalor em relação à norma questionada que obriga o legislador, nos termos dos arts. 1º III (vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais), e 20, III da Lei Fundamental (garantia do estado de direito e vinculação dos órgãos estatais aos princípios estabelecidos na Lei Fundamental), a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade. Portanto, enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade contém uma declaração de inconstitucionalidade, o apelo ao legislador configura uma peculiar sentença de rejeição de inconstitucionalidade.

Como interessante exemplo ilustrativo, traz a lume um caso de repercussão nacional, onde o Partido dos Trabalhadores (PT) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240, em face da Lei de nº 7.619 de 2000 do Estado da Bahia que criou o município de Luís Eduardo Magalhães desmembrando-se do

município de Barreiras, em ano de eleições municipais, não existindo lei complementar fixando período para criação de Municípios, inexistindo estudo de viabilidade municipal anteriormente ao plebiscito, e realizada quando tardia, sem a participação democrática da população, uma vez que não participou de tal feito, a totalidade da população local, assim caracterizando flagrante conflito com o artigo 18, § 4º, da Constituição Federal, que por sua vez determina:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[...]

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

Contudo, a lei complementar federal a que se refere o artigo citado ainda não existe atualmente, não podendo ser criado nenhum município a partir de 1996, data da Emenda Constitucional de nº 15 de 1996.

Ocorre que muitos municípios foram criados por leis estaduais, as quais foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (ex.: ADI n. 3.316/MT, ADI n. 3.489/SC, n. 3689/PA), mas sem pronúncia de nulidade, fixando-se o prazo de 24 meses para a correção da situação, caracterizando-se o instituto

da modulação dos efeitos da decisão prevista no artigo 27 da Lei n. 9.868/99.

O princípio da segurança jurídica é o que assegura a preservação da realidade fática, qual seja, no plano da existência. Em casos específicos poderá sobrepor como técnica do instituto da mitigação da nulidade no controle concentrado de leis, a inconstitucionalidade. Consagrando a declaração de constitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Pois segundo esse entendimento a declaração de nulidade absoluta de uma lei poderia acarretar em prejuízos maiores do que eventualmente mitigada fosse sua nulidade.

Nos dizeres de Mendes apud LENZA (2015, p.213) “a nulidade da lei inconstitucional pode causar uma verdadeira catástrofe”.

Haja vista que a referida doutrina constitucional brasileira ampara o pressuposto de uma lei inconstitucional nunca chegou a produzir efeitos – diz-se natimorta – e que não seria a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade uma nova perspectiva de constitucionalidade superveniente sendo que tal instituto não é admitido ordenamento jurídico nacional, uma vez que a constitucionalidade superveniente ocorre quando uma norma inconstitucional, ao tempo de sua edição, torna-se compatível devido à mudança do parâmetro constitucional.

Assim destaca-se o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de que a lei inconstitucional é ato nulo, assim o vício de origem é insanável. A modificação do parâmetro constitucional não tem o condão de convalidar uma lei originariamente inconstitucional, que já nasceu morta.

Nesta linha de raciocínio, frise-se quanto ao caso da inconstitucionalidade da criação do município de Luís Eduardo Magalhães desmembrando-se do município de Barreiras, se tratou, segundo o Ministro Eros Grau do

Supremo Tribunal Federal — Informativo 427 —
citado por Lenza 2014;

Asseverou que o aludido município fora efetivamente criado a partir de uma decisão política, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia há mais de seis anos e que esta realidade não poderia ser ignorada. Afirmou, no ponto, que esse ente assumira existência e, desta, resultaram efeitos jurídicos. Ressaltou, ainda, que a situação existente no momento da criação do citado município era anormal, haja vista a não edição de lei complementar dentro de prazo razoável. Ponderando aparente conflito de inconstitucionalidades, quais sejam, ofensas ao parágrafo 4º do artigo 18 da CF ou ao princípio federativo, entendeu que a existência válida do município deveria ser reconhecida, para que afastar a ofensa à federação. Nesse sentido, considerou os princípios da segurança jurídica e da continuidade do Estado. Salientando que, não obstante a criação desse ente tenha implicado situação excepcional não prevista pelo direito positivo, aduziu que a declaração de improcedência do pedido não servirá de estímulo à criação de novos municípios indiscriminadamente, mas, ao contrário, servirá de apelo ao Poder Legislativo, no sentido de suprir a omissão constitucional reiteradamente consumada. Após, o ministro Gilmar Mendes pediu vista.

Nesse mesmo sentido, há discordância por parte da doutrina, à respeito da constitucionalidade superveniente, manifestando-se no sentido de que esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal poderia originar precedentes para novas inconstitucionalidades, destaca-se Lenza (2014):

Embora bastante sedutora a tese, com todo respeito, já havíamos manifestado (na 11. Ed. Deste estudo) a nossa discordância, uma vez que não parecia razoável o resultado da construção (declaração de constitucionalidade da lei), o que poderia abrir precedentes para novas violações ao artigo 18, § 4º.

Neste viés, percebe-se total discordância com o dispositivo constitucional, originando, uma gritante inconstitucionalidade formal. Por violação dos pressupostos objetivos do ato. Contudo O legislativo federal, contudo, não editou na época a Lei Complementar, mas sim a EC n. 57/2008, que acrescentou o art. 96 ao ADCT, nos seguintes termos:

Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

Imperioso ressaltar também o julgamento da liminar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 23 em, oportunidade em que foi concedida pelo ministro do Supremo Tribunal Feral Ministro Ricardo Lewandowski, à época, Presidente do Supremo devido o recesso de janeiro em que consistia na inércia legislativa em regulamentar, por intermédio de Lei Complementar, nos termos do artigo 161, inciso II da Constituição, a entrega dos recursos e os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, devido ao julgamento de diversas Ações Direta de Inconstitucionalidade, dentre elas as ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, que culminaram na declaração de inconstitucionalidade de vários dispositivos da Lei Complementar nº 62 de 28 de dezembro de 19989 que estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação.

Ocorre, contudo, que declarando a inconstitucionalidade da referida Lei Complementar, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da Sentença determinando-se, que a referida lei fosse elaborada pelo poder legislativo até 31 de dezembro de 2012.

Findo o prazo e observado a não elaboração de devida Lei Complementar pelo Legislativo, foi prorrogado o prazo por mais 150 dias, mantendo-se a permanência e vigência dos dispositivos da Lei Complementar nº 62, outrora declarados inconstitucionais.

Resta evidenciado que a referida medida, ou seja, aplicada na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, tornou-se como afirma Filho (2003) “uma ação específica visando sancionar a inconstitucionalidade”.

Considerações Finais

O ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Carta Cidadã introduziu em seu artigo 5º, II, o princípio da Legalidade onde se encontra protegido como cláusula pétrea devido a sua maior importância como direito e garantia constitucional.

Segundo Moraes (2014, p. 723) Constituição Federal, consagra o princípio da legalidade ao determinar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, uma lei para que adquira eficácia, deve observar devidas regras do processo legislativo constitucional, para que não padeça de inconstitucionalidade, sendo que a inobservância de tais regras acarretará na inconstitucionalidade insanável seja material ou formal da lei ou ato normativo.

Diz-se insanável a inconstitucionalidade da lei que padece de uma elaboração com inobservância de normas legislativas, e quanto ao seu conteúdo, haja vista não ser aplicado o instituto da constitucionalidade superveniente no ordenamento jurídico-constitucional pátrio.

Somado ao exposto e, adentremos ao tema, ora estudado: a declaração de inconstitucionalidade como fator de perpetuação ad eterno de norma inconstitucional, instituto, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para valer-se da mitigação do princípio da nulidade ab initio de leis e atos normativos no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Com fundamento no artigo 27 da lei 9868 de 1999, poderá o Supremo Tribunal federal, observado o quórum de dois terços de seus membros declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou decidir que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha ser fixado.

Ressalte-se que eventual concessão de medida Cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, visando combater a inércia deliberandi, acarretará na perpetuação da inconstitucionalidade, haja vista não ser admitido no ordenamento jurídico nacional brasileiro, o instituto da constitucionalidade superveniente.

Denota-se que a manutenção de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade de lei ou ato normativo considerado inconstitucional, constituirá uma perpetuação ad eterno de leis e atos normativos inconstitucionais. Na medida em que a modulação dos efeitos da sentença determinará que os efeitos declaratórios operem efeitos pró futuro ou seja *ex nunc*, e o posterior apelo ao legislador não significará em uma superveniente constitucionalidade.

Nestes termos, conclui-se, utilizando casos ilustrativos como de Mira estrela, restou nítida a perpetuação da inconstitucionalidade, devido a utilização do instituto da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, devido a omissão do legislador e a mitigação do princípio da nulidade.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. 2002.

BRASIL, Constituição da República

Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em:

BRASIL, Lei nº 9.868 de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/1ei-9868-10-novembro-1999-369587-normaatualizada-pl.html>. Acesso em:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 78.594-SP, Relator Min. Bilac Pinto, sessão de 07.06.1974. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14626409/recurso-extraordinario-re-78594-sp>. Acesso em:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIn 267-MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ, 146:424,1993. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752446/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-267-df>. Acesso em:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007, DJ de 06.09.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.js?p?docTP=AC&docID=485460>. Acesso em:

BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao Alcance de Todos, 5ª Edição: São Paulo. Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional, 5ª Edição: São Paulo. Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J.J Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição: Coimbra. Medina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 16ª Edição: Belo Horizonte. Del Rey, 2010.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Curso de Direito Constitucional. 9ª Edição: São Paulo. Atlas, 2013.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 30ª Edição. Saraiva, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 6ª Edição: São Paulo, 2003.

LEITE, Glauco Salomão. Comentários à Constituição Federal de 1988. 1ª Edição: Rio de Janeiro, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático, 18ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2014.

MANZIONE, Luiz. Sinopses Integradas, 2ª Edição: Campo Grande. Contemplar. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direito Constitucional, 5ª Edição: São Paulo. Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 4ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30ª Edição: São Paulo. Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª Edição: São Paulo. Malheiros, 2014.

TAVARES André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 8ª Edição: São Paulo. Saraiva, 2010.