

A EFICÁCIA TEMPORAL DAS SENTENÇAS QUE RECONHECEM A INCONSTITUCIONALIDADE: NULIDADE OU ANULABILIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL?

Andreo Aleksandro Nobre Marques

Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN

Professor da UFRN

Juiz de Direito

RESUMO

Este trabalho tem por escopo aprofundar a discussão acerca dos efeitos temporais da declaração da inconstitucionalidade, a partir de uma perspectiva comparativa, para demonstrar que a radical opção quer pelo dogma da nulidade da lei inconstitucional, quer pela crença em sua anulabilidade, foi objeto, pela necessidade de ponderação entre os valores constitucionais da segurança jurídica, igualdade e justiça, de gradual flexibilização pelas Cortes Constitucionais.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Lei Inconstitucional. Nulidade. Anulabilidade. Segurança Jurídica. Princípio da Isonomia. Modulação de Efeitos.

1 INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais controversos, e que desperta verdadeiras paixões naqueles que sobre ele se debruçam, diz respeito à eficácia temporal das sentenças que reconhecem a inconstitucionalidade de uma lei¹.

Seria a lei inconstitucional nula ou apenas anulável? Em outras palavras, a sanção que acompanha o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei tem o poder de afastar todos os efeitos por ela produzidos até então, considerando-se a lei nula *ab initio* ou, noutra perspectiva, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei é equivalente a uma revogação, fazendo com que, apenas dali em diante, seja retirada do ordenamento jurídico, gozando a decisão então de uma eficácia (des)constitutiva?

Esse questionamento continua sendo de grande interesse, haja vista que muito facilmente se encontra na doutrina quem sustente uma das alternativas como a mais correta, afastando peremptoriamente a outra como descabida juridicamente ou mesmo inconveniente, o que não parece ser a melhor solução.

Porém, quanto mais se aprofunda o estudo da matéria nos diversos ordenamentos constitucionais, mais se verifica a ocorrência de exceções que colocam em xeque as opiniões da doutrina em geral, no sentido de que em dado ordenamento jurídico reina, taxativamente, um ou outro dos dogmas acima enunciados.

Pretende este trabalho, então, focalizar o problema da eficácia temporal das sentenças que reconhecem a inconstitucionalidade das leis, quiçá não tanto para afirmar algo que ainda não tenha sido dito por outros juristas a nível internacional, mas para desmistificar certas concepções que ainda são sustentadas por diversos autores, especialmente no Brasil.

Assim, o estudo começará expondo como surgiu o dogma da

¹ Como escreve Fernández Segado, ancorado em José Almagro Nosete: "(...) el problema de los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley es uno de los más complicados, por la multitud de aspectos que presenta, poco adaptables a soluciones únicas o simples, por cuanto con frecuencia entran en juego no sólo cuestiones abstractas de fundamentación, sino, sobre todo, cuestiones prácticas de colisión entre los principios de seguridad jurídica y justicia, en relación con los efectos jurídicos desplegados." (Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público, Lisboa, ano I, n. 1, p. 58, jan./jun. 2009).



nulidade da lei inconstitucional, tal qual assentado no modelo judicial ou norte-americano, bem assim a ideia de anulabilidade da lei inconstitucional, ao modo do que foi desenvolvido por Kelsen, e que redundou na concepção de controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade².

Na sequência, serão feitas referências à maneira como alguns sistemas constitucionais contemporâneos tratam a eficácia das decisões de inconstitucionalidade, cujos modelos de controle de constitucionalidade podem ser entendidos como híbridos³, o que será feito de acordo com sua importância paradigmática para outros ordenamentos constitucionais, inclusive para o brasileiro.

Em continuidade, ocupar-se-á de divisar as maneiras encontradas pelas diversas ordens constitucionais para flexibilização da eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade, a fim de confirmar a inadequação das posições radicais que pendem quer para o dogma da nulidade da lei inconstitucional, quer para o da sua anulabilidade.

Por fim, serão confrontadas as ideias de nulidade e de anulabilidade da lei inconstitucional, de acordo com os ensinamentos acostados ao longo da exposição, o que se fará acompanhar das reflexões finais sobre o tema.

2 EFICÁCIA DA DECISÃO QUE RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE NOS MODELOS PARADIGMÁTICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste item serão apontados os principais aspectos relativos ao

² Há diversas maneiras de classificar os sistemas de controle de constitucionalidade espalhados pelo mundo. Aqui, tem-se em vista uma primeira classificação, referente às formas originárias de controle, que permite destacar, assim, os modelos político, norte-americano e austríaco-kelseniano. Como no modelo político não era possível qualquer discussão quanto à questão dos efeitos temporais do reconhecimento da inconstitucionalidade, já que a fiscalização engendrada era preventiva, não tem porque ser levado em conta nesta pesquisa.

³ Realmente, partindo do entendimento que os atuais sistemas existentes ou permanecem vinculados à forma originária, com poucas alterações de monta, como é o caso dos Estados Unidos, ou se transformaram, mas sempre inspirados nestes modelos, é possível distinguir, ainda, como faz Lucio Pegoraro, «sistemas híbridos de controle incidental», e «sistemas híbridos difuso-concentrados», cujo traço aproximativo constitui justamente a mescla de características dos modelos originários ou clássicos de controle de constitucionalidade. (A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 42, n. 165, p. 62-65, jan./mar., 2005).



problema da eficácia das decisões de inconstitucionalidade segundo os modelos de controle de constitucionalidade que, de maneira original, serviram de base a todos os outros que lhes sucederam.

2.1 O controle de constitucionalidade judicial ou norte-americano e o dogma da nulidade da lei inconstitucional

O berço do controle de constitucionalidade das leis e dos atos governamentais exercido pelos órgãos judiciais foi os Estados Unidos. Mais precisamente, o referido mecanismo de tutela da Constituição surgiu pela primeira vez no julgamento do famoso caso «Marbury vs. Madison», ocorrido em 1803, no qual restou assentado o poder da Suprema Corte de sobrepor-se à vontade da maioria expressada em um ato do Parlamento Federal⁴.

Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da lei, o que poderia ser feito por qualquer órgão jurisdicional diante de um litígio concreto, a consequência era a declaração da nulidade visceral⁵, pela gravidade da eiva, não se admitindo a produção válida de efeitos jurídicos a partir do momento em que adquirira vigência, o que corresponde a uma nítida eficácia retroativa, é dizer, *ex tunc*, deixando a lei inconstitucional de ser levada em conta pela autoridade judicial na resolução do litígio no qual o incidente tivesse sido formulado⁶, mas o que não impedia que a lei inconstitucional continuasse vigendo no sistema jurídico, apta assim a produzir efeitos em outros fatos ou relações jurídicas abrangidos pela norma⁷.

⁴ Ver ROTUNDA, Ronald D.; NOWAK, John E. *Treatise on constitutional law: substance and procedure*. 2. ed. St. Paul: West Publishing CO, 1992. v. 1, p. 2.

⁵ Dizia Cooley que a expressão lei inconstitucional, empregada pela jurisprudência norte-americana, era equivocada, por consistir em uma *contradictio in terminis*, já que uma norma que contrasta com a Constituição não é verdadeira e absolutamente uma lei. (Apud TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 23-24).

⁶ Rui Barbosa, principal responsável pela recepção no Brasil do modelo da judicial review, a reboque da fórmula da nulidade da lei inconstitucional, informa que o entendimento jurisprudencial acerca do tema tem origem em sentença proferida pelo juiz Patterson, da Suprema Corte, no ano de 1795, que teria assentado não poder haver dúvida de que qualquer ato da legislatura, contrário à Constituição, é absolutamente nulo. (Apud BONAVIDES, Paulo. *A evolução histórica do conceito de nulidade na jurisdição constitucional*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 11, p. 44, 2007).

⁷ É o que assevera Giuseppe de Vergottini sem deixar, todavia, de ressaltar o papel da doutrina do precedente ou *stare decisis* nos ordenamentos filiados à matriz da common law, como se



2.2 O arquétipo kelseniano do controle de constitucionalidade jurisdicional e a anulabilidade da lei inconstitucional

Como se sabe, a Europa do séc. XIX não conheceu uma forma institucionalizada de fiscalização de constitucionalidade de feições jurisdicionais, mas apenas, quando muito, um controle de natureza política⁸.

Foi Hans Kelsen, já no século XX⁹, quem desenvolveu mecanismo distinto de controle da constitucionalidade, cujas consequências divergiam daquelas que derivavam do modelo norte-americano, e que veio a ser positivado na Constituição austríaca de 1920.

Kelsen era contrário à ideia de nulidade *ab initio*, não aceitando que um ato do Estado da envergadura da lei, por ser produto da vontade democrática, pudesse, após vigorar por certo período, ter todos os seus efeitos retirados como se nunca houvesse existido, especialmente pelo perigo que isso representava para a segurança jurídica¹⁰.

Portanto, sem descurar do problema da segurança jurídica e também com o papel que a lei exerceria no ordenamento jurídico¹¹, uma

pode perceber da seguinte passagem: "(...) Tuttavia, negli ordinamenti quali quelli anglosassoni, in cui giudici inferiori sono vincolati dalle sentenze precedenti di quelli superiori («stare decisis»), le sentenze di questi ultimi che accertano la incostituzionalità possono in pratica equivalere ad un annullamento. L'esempio più noto è quello degli U.S.A., in cui ogni giudice, in genere su eccezione di parte, può dichiarare l'incostituzionalità, e quando tale giudizio venga confermato dalla Corte suprema, anche se limitato in teoria al caso deciso, in realtà verrà tenuto presente in futuro da qualsiasi giudice." (Diritto costituzionale comparato. Padova: Cedam, 1981. p. 132).

⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2008. v. 6, p. 113-114.

⁹ Para verificação dos fatores que contribuíram para o desenvolvimento na Europa do século XX do controle de constitucionalidade em moldes jurisdicionais, consulte MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2008. v. 6, p. 114-115.

¹⁰ Mais precisamente, Kelsen aceitava a existência de um «princípio de autolegitimação dos atos das autoridades públicas», de maneira que sempre que o direito positivo limitar o poder de verificar a regularidade de um ato, reservando-o seja ao próprio órgão responsável por sua emissão, seja a alguma outra autoridade, em atenção a um determinado procedimento, o ato não pode ser tido como nulo, mas apenas como anulável, apesar de admitir, se bem que não lhe parecendo o recomendável, em razão do ideal da segurança jurídica, a possibilidade de efeitos retroativos à anulação. (A jurisdição constitucional. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 140-148).

¹¹ Com a teoria da pirâmide normativa, Kelsen demonstrava a hierarquia existente entre os diversos atos jurídicos, explicando que uns eram ao mesmo tempo atos de criação do Direito e



vez que o referido ato jurídico estaria, na pirâmide normativa, logo abaixo da Constituição, maquinou a criação do que seria uma Corte Constitucional, única entidade legitimada a praticar a jurisdição constitucional¹² ou, por outras palavras, a exercer a garantia jurisdicional da Constituição, que pode ser entendida como o conjunto de medidas técnicas destinadas a salvaguardar a Constituição.

A Corte Constitucional, segundo Kelsen, desenvolvia uma atividade de caráter legislativo, já que, ao anular a lei, por sua inconstitucionalidade, funcionaria como se tratasse de um legislador negativo, consistindo sua decisão em revogação da legislação contrária à Constituição¹³.

Assim, como a Áustria fora organizada como uma federação, a Corte Constitucional deveria ser provocada apenas pelo governo federal, quanto à inconstitucionalidade das leis oriundas dos *Länder*, ou somente pelos governos regionais, quando a lei supostamente inconstitucional proviesse da esfera legislativa federal¹⁴, sem que esse direito de impugnação estivesse sujeito à decadência¹⁵.

Tratava-se, portanto, de um controle sucessivo, é dizer, realizado após o aperfeiçoamento do objeto de fiscalização (em caso de lei, após sua promulgação e publicação), por órgão diverso daquele do qual emanou o ato, nisso assemelhando-se ao modelo norte-americano, mas distinguindo-se por ser um controle direto, já que promovido por meio de uma ação própria, na qual se discutiria única e exclusivamente a constitucionalidade

de aplicação de outros, mas que a Constituição figurava justamente no topo do ordenamento jurídico, tratando-se do ato criador do Direito por excelência, ao qual todos os demais se encontram vinculados e do qual iriam retirar sua legitimidade. Consequência disso é que mesmo a decisão judicial não ostenta um caráter meramente declaratório, por ser em parte um ato criador do direito, transparecendo assim sua natureza constitutiva. Sobre o assunto, cf. Kelsen, Hans. A jurisdição constitucional. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124-126.

¹² Saliente-se que o artigo 89 da Constituição austríaca de 1920 proibiu aos tribunais o exame da validade das leis regularmente publicadas.

¹³ Ver SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en España. Madrid: Dykinson, 1984. p. 31-32; ÖHLINGER, Theo. La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 546-547, Dicembre, 1982.

¹⁴ Vide Kelsen, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austríaca e americana. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 313.

¹⁵ ÖHLINGER, Theo. La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 538, Dicembre, 1982.



da lei ou do ato governamental, e concentrado, porque a resposta sobre a conformidade do ato com a Constituição somente poderia provir da Corte Constitucional.

Além disso, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da lei, a decisão da Corte Constitucional, ao invés de declará-la nula, anulava a lei, retirando sua eficácia a partir da publicação da decisão, ou seja, surtindo efeitos *ex nunc*¹⁶.

Tinha, assim, natureza constitutiva, de maneira que, até o posicionamento da Corte Constitucional no sentido da desconformidade da lei com a Constituição, deveria a lei ser tida como constitucional, para todos os efeitos, aplicando-se a todos os fatos e relações jurídicas resultantes da incidência da lei até aquela data¹⁷, ao mesmo tempo em que possuía eficácia *erga omnes*, ou seja, alcançava todas as pessoas e órgãos do Estado¹⁸.

Facultava-se à Corte Constitucional postergar a eficácia da lei, mesmo considerada inconstitucional, até 1 (um) ano após a publicação da

¹⁶ Cf. Kelsen, Hans. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 25.

¹⁷ Salvo na hipótese em que a Corte Constitucional conhecesse de ofício a inconstitucionalidade de uma lei que considerasse como pressuposto de sua decisão no julgamento de um caso concreto, quando, segundo Hans Kelsen, surtiria a decisão eficácia retroativa, como se a lei fosse «nula» e não meramente anulável. Mesmo assim, os tribunais e demais órgãos de execução do Estado deveriam considerar que todas as demais relações jurídicas travadas com base na lei eram válidas, já que para estas a lei só deixava de vigorar após a anulação promovida pela Corte Constitucional. Obedecia-se, como se pode observar, quando a Corte Constitucional estivesse julgando não a lei em tese, mas verdadeiros litígios sob sua alçada, a mesma lógica do controle de constitucionalidade norte-americano, ou seja, da eficácia *ex tunc* da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei. (A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 25).

¹⁸ Acentuando que a decisão proferida pela Corte Constitucional que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei vincula todos os órgãos jurisdicionais e administrativos e, também, que deve ser publicada, conforme o caso, no boletim federal das leis, pelo Chanceler federal, e no boletim regional das leis, pelo presidente do Land, cf. ÖHLINGER, Theo. La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 545, Dicembre, 1982.



decisão^{19/20}, período no qual não poderia a lei voltar a ser impugnada por nenhum órgão.

Por outro lado, somente com a reforma constitucional de 1929 é que se admitiu a possibilidade de a questão da inconstitucionalidade vir a ser levantada por um órgão judicial, mesmo assim apenas quando a causa estivesse pendente de julgamento nos tribunais superiores²¹, ocasião em que a Constituição passou a autorizar que o incidente fosse remetido para julgamento pela Corte Constitucional, ao mesmo tempo em que o processo originário deveria ficar suspenso, esperando o julgamento do incidente²².

É de ser enaltecido que o poder conferido pela Constituição austríaca, ainda em vigor, de determinar a anulação da norma inconstitucional apenas para o futuro, bem assim de revigorar a legislação revogada por aquela, fez com que o Tribunal de Justiça Constitucional não precisasse se aventurar e se expor na criação de técnicas engenhosas²³, ao contrário do que aconteceria, com o Tribunal Constitucional Federal alemão e a Corte Constitucional italiana.

¹⁹ Kelsen, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austríaca e americana. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305.

²⁰ De acordo com Fernández Segado, hodiernamente, nos termos do artigo 140, nº 5, da Constituição austríaca, esse prazo não pode exceder dezoito meses. (Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 101, jan./jun. 2009).

²¹ Cf. VERGOTTINI, Giuseppe. Diritto costituzionale comparato. Padova: Cedam, 1981. p. 134.

²² Note-se que, de acordo com Theo Öhlinger, a Constituição austríaca, quando alterada em 1975, passou a admitir que todo e qualquer órgão jurisdicional de segunda instância provocasse, incidentalmente, o exame de constitucionalidade de uma lei pelo Tribunal de Justiça Constitucional, assim como passou a admitir que qualquer cidadão possa provocar diretamente o Tribunal de Justiça Constitucional, através de um recurso individual (individualbeschwerde), conferindo, neste último caso, a possibilidade quase ilimitada de os cidadãos acederem ao controle das leis. Além disso, esclarece que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade, nos casos em que a questão tenha sido formulada por via incidental, produz efeitos retroativos no que tange à relação jurídica debatida no caso concreto. (La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 542-543 e 545, Dicembre, 1982).

²³ Nesse sentido, vide ÖHLINGER, Theo. La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 546, Dicembre, 1982.



3 EFICÁCIA DO RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE EM ALGUNS DOS SISTEMAS HÍBRIDOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA ATUALIDADE

Considerando a classificação já divisada entre «sistemas híbridos de controle incidental» e «sistemas híbridos difuso-concentrados», entendidos como derivações dos modelos clássicos ou originários, serão feitas considerações sobre os casos alemão, italiano e espanhol, como exemplos dos primeiros, e sobre o caso português, como exemplo do segundo.

3.1 Alemanha

Na República Federal alemã que surgiu após o término da Segunda Guerra Mundial, instituiu-se o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) como o único órgão apto a controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Foram legitimados para provocar por ação direta o Tribunal Constitucional Federal, quando entendessem que a lei ordinária violava a Lei Fundamental, o Governo Federal, os Governos Estaduais e um terço dos membros do Parlamento Federal²⁴.

Contudo, é de ser destacado que o modelo possibilitou, diversamente do que se passava originariamente em Áustria, que os órgãos judiciais, diante de litígios concretos sob sua apreciação, sempre que tivessem uma dúvida relevante acerca da constitucionalidade de uma lei²⁵, levassem a questão ao conhecimento do Tribunal Constitucional Federal.

Enquanto a questão incidental não fosse resolvida, o processo originário deveria ficar suspenso, e a decisão que viesse a ser proferida pelo Tribunal Constitucional vinculava o órgão judicial que havia proposto o incidente quanto à constitucionalidade ou não da lei, daí porque também se costuma chamar a espécie de controle incidental.

Ocorre que, mesmo parecendo ser o modelo instituído na Alemanha

²⁴ De acordo com o artigo 93, I, nº 2, da Lei Fundamental alemã.

²⁵ No entanto, percebe-se que, de acordo com o que aduz Gilmar Mendes, tanto as leis pré-constitucionais quanto as pós-constitucionais podem ser sindicadas através do controle abstrato de constitucionalidade, enquanto, por meio do controle incidental e concreto, somente é possível o exame da conformidade das leis pós-constitucionais. (Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 106).



mais próximo do modelo kelseniano, prevaleceu, naquilo que mais de perto interessa a essa abordagem, adisciplina retroativa ou *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade²⁶, o que era da tradição do controle exercitado nos Estados Unidos, a partir da ideia de supremacia constitucional²⁷.

É certo, porém, que a eficácia retroativa conhece certos limites, não podendo alcançar, em regra, os casos julgados, excetuadas as condenações criminais fundadas em norma ou interpretação de norma tida por inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal, que podem ser revistas a qualquer tempo, em que pese o sistema alemão admitir a oposição de embargos às execuções pendentes, a fim de impedir o enriquecimento sem causa, quando estiverem baseadas em normas declaradas nulas, por sua ilegitimidade²⁸, o que significa, nesses últimos casos, a perda da eficácia *pro futuro*.

Finalmente, não é demais dizer que se atribui força obrigatória à manifestação do Tribunal Constitucional Federal acerca da constitucionalidade das leis, o que equivale a dizer, naquele país, eficácia *erga omnes*, valendo como se fosse uma lei, e vinculativa, isto é, a qual todos os órgãos dos poderes constituídos do Estado devem obediência, o que está de acordo com o ideal de concentração das decisões sobre o tema naquele tribunal, tal qual dimana de sua fonte de inspiração austríaca-kelseniana²⁹.

²⁶ Observe-se que o § 78, da Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão, fala em declarar nulas leis desconformes à Lei Fundamental e não em anulação de leis: “Se o Tribunal Constitucional Federal chegar à convicção de que direito federal é incompatível com a Lei Fundamental ou direito estadual é incompatível com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, então, declara essa lei nula. Se mais determinações da mesma lei, pelos mesmos fundamentos, são incompatíveis com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, pode o Tribunal Constitucional Federal igualmente declará-las nulas.” (ALEMANHA. Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad. de Luís Afonso Heck. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, p. 249, jan./jun., 2003).

²⁷ Ver MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 198.

²⁸ MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado. Curitiba. Juruá, 2009. p. 88.

²⁹ Apesar de que a Lei Fundamental, em seu artigo 94, nº 2, delegou ao legislador ordinário disciplinar em quais caso as decisões do Tribunal Constitucional Federal teriam força de lei, o que foi feito no § 31, nº 2, da Lei do Tribunal Constitucional Federal, ocasião em que se estabeleceu que as decisões proferidas pela Corte em controle abstrato e em controle concreto são dotadas daquela eficácia.



3.2 Itália

A Itália também adotou um modelo assemelhado ao alemão, revelando uma mescla das características dos sistemas constitucionais clássicos.

A Constituição de 1947 instituiu a *Corte Costituzionale* também para exercer, com exclusividade, o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis e de outros atos com força de lei³⁰, o papel de guardião da Constituição, através de uma ação direta, a ser veiculada pelo Governo Central, diante das leis regionais, e pelos Governos das Regiões, diante das leis nacionais ou das outras regiões³¹, mas deixando aberta uma via de acesso alternativa, a ser exercitada pelos órgãos judiciais *ex officio* ou a pedido das partes, neste último caso, sendo a questão relevante ou não manifestamente infundada³², em uma causa pendente de julgamento, que deverá permanecer suspensa até que a *Corte Costituzionale* decida o incidente de inconstitucionalidade suscitado³³.

Mais uma vez, mesmo tendo sido encetada a concentração do poder de controle da constitucionalidade nas mãos de um único órgão, o que resultava da influência exercida pelo protótipo austríaco, não vingou a ideia de anulabilidade da lei inconstitucional e sim da nulidade *ab ovo*³⁴, produzindo, assim, a decisão da Corte Constitucional, efeitos *ex tunc*³⁵.

³⁰ Prescreve o artigo 134, da Constituição da República italiana: “La Corte Costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni(…)” (ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/italy.txt>>. Acesso em: 29 mar. 2007).

³¹ CRIZAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. Comentario breve alla Costituzione. Padova: Cedam, 1990. p. 786.

³² SEGADO, Francisco Fernández. La jurisdicción constitucional en España. Madrid: Dykinson, 1984. p. 38.

³³ MUSSO, Enrico Spagna. Diritto costituzionale. 4. ed. Padova: Cedam, 1992. p. 625.

³⁴ Isso fez com que, curiosamente, Eduardo García de Enterría, a partir de um ponto de vista pouco explorado e contrariamente aos autores italianos, entendesse haver uma maior semelhança dos modelos da Alemanha e da Itália com o dos Estados Unidos, como o resultado do acolhimento do princípio da supremacia constitucional. (Controle de constitucionalidade na Europa. Revista de Direito Público. São Paulo, ano XX, n. 84, p. 7-8, out./dez., 1987). Seguindo este entendimento, ver SEGADO, Francisco Fernández. La jurisdicción constitucional en España. Madrid: Dykinson, 1984. p. 1984. No sentido de uma maior proximidade com o modelo austríaco, cf. CRIZAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. Comentario breve alla Costituzione. Padova: Cedam, 1990. p. 773.

³⁵ PALADIN, Livio. Diritto costituzionale. 4. ed. Padova: Cedam, 1998. p. 770.



Atente-se, todavia, que, no caso italiano, o artigo 136 da Constituição até permitia o desenvolvimento de uma interpretação diversa, que chegou mesmo a ser defendida por alguns autores³⁶. É que o referido enunciado normativo determina que a disposição de lei declarada inconstitucional deixa de ter eficácia no dia sucessivo à publicação da decisão, o que possibilita concluir que o constituinte teria optado por sufragar, na linha kelseniana, a regra de que a lei inconstitucional é apenas anulável, e que o pronunciamento da Corte Constitucional teria efeitos equivalentes à revogação da lei, restando incólumes todos os efeitos produzidos pela norma inconstitucional anteriormente à decisão daquele órgão. Contudo, não foi essa a tese, repita-se, que vingou³⁷.

Todavia, não é absoluta a eficácia retroativa das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade da lei, devendo permanecer intangíveis as situações já consolidadas ou exauridas, como as sentenças já transitadas em julgado, salvo em caso de condenações criminais, que podem ser revistas a qualquer tempo, e aquelas que já tenham sido alcançadas pela prescrição ou decadência³⁸.

³⁶ Nesse sentido, sustentando que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na Itália são similares à Áustria, distinguindo-se da sistemática alemã, de efeitos retroativos, cf. VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 1981. p. 135. Era o que também defendia Calamandrei, apesar de que o autor toscano mudaria posteriormente de opinião, especialmente a partir do que dispôs o penúltimo parágrafo do artigo 30 da Lei nº 87, de 11 de Março de 1953, passando a sustentar que a decisão surtia efeitos ex tunc. (Apud SEGADO, Francisco Fernández. *Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas*. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 98-99, jan./jun., 2009).

³⁷ Como muito bem observa Alessandro Pace, uma eficácia ex nunc das decisões da Corte Constitucional não se compatibilizava com a «incidentabilidade do juízo de legitimidade constitucional», que veio a ser delineado só após o advento da Constituição, mais precisamente através do artigo 1º da Lei Constitucional nº 1 de 1948, devendo o artigo 136 da Constituição ser interpretado no sentido de uma obrigatoriedade de os tribunais judiciais em geral, a partir da decisão positiva exarada pela Corte Constitucional, desaplicarem a lei inconstitucional, sem que seja mais necessário suscitar o incidente de constitucionalidade. (La tutela costituzionale del diritto dia gire nei rapporti pendenti. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 7, Aprile, 1989).

³⁸ Nesse sentido, veja o que anota Francesco Saja, que inclusive faz menção à Sentença nº 139 de 1984, da Corte Costituzionale que se debruçou sobre a matéria. (L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 53-55, Aprile, 1989). Cf., também, MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. *Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado*. Curitiba. Juruá, 2009. p. 92-93.



Verifica-se, assim, da mesma maneira que sucede nos modelos alemão e austríaco, que se reconhece às decisões proferidas pela Corte Constitucional sobre a conformidade das leis ou dos atos com força de lei a produção de efeitos em face de todos, vinculando inclusive os demais órgãos estatais³⁹.

3.3 Espanha

O modelo espanhol seguiu a linha daqueles projetados para a Alemanha e Itália, apesar de instaurado muito mais recentemente, com a Constituição de 1978, que previu a existência de um Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional espanhol igualmente pode ser provocado diretamente para a proteção objetiva da Constituição, ou seja, por meio de ação, chamada de recurso de inconstitucionalidade⁴⁰, a ser proposta pelo Governo, pelo Defensor do povo, por cinquenta deputados ou cinquenta senadores, e pelos órgãos das comunidades autônomas, valendo a declaração de inconstitucionalidade *erga omnes*, vinculando todos os poderes públicos.

Também foi aberto o caminho do controle incidental, diante de casos concretos submetidos a julgamento⁴¹, mediante a proposição de uma *cuestión de inconstitucionalidad*, de ofício pela autoridade judicial ou a pedido das partes, desde que haja uma dúvida razoável sobre a constitucionalidade da lei e que a questão seja relevante para o julgamento do litígio⁴², a ser decidida pelo Tribunal Constitucional.

Como se dera em Alemanha e Itália, na Espanha grassou o entendimento de que as decisões do Tribunal Constitucional que reconhecem a inconstitucionalidade da lei liberam eficácia retroativa, o que decorria, de toda maneira, do disposto no artigo 39, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal

³⁹ Mas, diversamente, as decisões que rejeitam a questão de inconstitucionalidade (sentenze di rigetto), em comparação agora apenas com o modelo alemão, que também admite o controle incidental, têm seus efeitos circunscritos ao processo em que o incidente foi suscitado, sendo possível, então, que em outro caso concreto, perante juízo diverso, volte a ser a matéria questionada perante a Corte Constitucional. Sobre o assunto, consulte PALADIN, Lívio. *Diritto costituzionale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1998. p. 775; MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto costituzionale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1992. p. 627.

⁴⁰ Ver o artigo 159, nº 1, a, da Constituição Espanhola.

⁴¹ Cf. VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 1981. p. 135.

⁴² Nesses termos, ver SEGADO, Francisco Fernández. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984. p. 110-111.



Constitucional⁴³, não podendo alcançar, no entanto, os casos julgados, exceto nas hipóteses de sentenças condenatórias criminais ou de processos disciplinares fundados na lei declarada inconstitucional, nos termos do artigo 40, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional⁴⁴.

Em consequência, atendendo ao disposto no artigo 39, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, o guardião da Constituição Espanhola firmou, em mais de uma oportunidade, que do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei decorria sua nulidade *ab initio*⁴⁵.

3.4 Portugal

Dos sistemas até aqui examinados, o português é o único que se enquadra naqueles chamados “difuso-concentrados”.

Assim, ao mesmo tempo em que a atual Constituição da República Portuguesa estabelece em seu artigo 204º que os tribunais, nos feitos submetidos a julgamento, não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados, prevê, desde a primeira revisão constitucional, de 1982, a existência de um Tribunal Constitucional⁴⁶, e que, segundo o artigo 221º da CRP, é competente especificamente para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

No exercício da fiscalização abstrata sucessiva, as sentenças do Tribunal Constitucional que reconheçam a inconstitucionalidade da lei, a bem da segurança e estabilidade jurídicas, são dotadas de força obrigatória geral, o que quer dizer que alcançam indiscriminadamente órgãos públicos e cidadãos.

Como todos os órgãos judiciais têm o dever de não aplicar normas contrárias à Constituição nos casos concretos a eles submetidos, mas ao mesmo tempo buscando zelar pela qualidade de guardião-mor do Tribunal

⁴³ SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 112-116, jan./jun., 2009.

⁴⁴ MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado. Curitiba. Juruá, 2009. p. 102.

⁴⁵ É o que teria sucedido, segundo Francisco Fernández Segado, nas Sentenças 14/1981, 83/1984 e 60/1986. (Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 109, jan./jun., 2009).

⁴⁶ Sucedendo ao Conselho da Revolução e à Comissão Constitucional.



Constitucional quando o assunto é a administração da justiça constitucional, a Constituição previu o cabimento de recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que recusarem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, e também daquelas que aplicarem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo⁴⁷ (artigo 280º, nº 1, *a* e *b*, da CRP).

Exercitando o Tribunal Constitucional, na hipótese do parágrafo anterior, controle difuso de constitucionalidade, relacionado, portanto, a um litígio concreto, a decisão por si proferida não é dotada de força obrigatória geral, surtindo eficácia apenas entre as partes do processo, valendo salientar que o julgamento do recurso não é da competência do Plenário, mas de uma de suas secções⁴⁸.

Não obstante, a fim de atenuar a falta de eficácia *erga omnes* da decisão proferida em controle concreto e de aproximar daquilo que vigora quando a Corte desempenha a fiscalização abstrata, estabelece o artigo 281º da CRP que se o Tribunal Constitucional tiver julgado inconstitucional qualquer norma em três casos concretos, poderá ser iniciado procedimento tendente a conferir força obrigatória geral à decisão.

No que diz respeito à disciplina da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade, de acordo com o artigo 282º, nºs 1 e 2, da CRP, optou o constituinte que a decisão desprendesse efeitos *ex tunc*, tendo como consequência, inclusive, a repristinação das normas porventura revogadas pela norma inconstitucional, deixando claro que, em caso de norma constitucional posterior, a retroatividade está limitada à entrada em vigor desta última.

Assim, em regra, a sanção disposta pelo ordenamento constitucional para as leis inconstitucionais é a nulidade, o que implica em retroatividade dos efeitos da decisão que reconhece o vício⁴⁹.

Igualmente, determinou a intangibilidade dos casos julgados,

⁴⁷ Ver OTERO, Paulo. Direito constitucional português: organização do poder político. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, p.444-445.

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 6, p. 239-240.

⁴⁹ Cf., nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 956; MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 6, p. 283-285.



ressalvando apenas a possibilidade de decisão em sentido contrário do Tribunal Constitucional, de acordo com o artigo 282º, nº 3, da CRP, “quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”.

4 A GRADATIVA ATENUAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL

Tudo o que se buscou enfocar até aqui acerca do tratamento da eficácia temporal das sentenças que acolhem a inconstitucionalidade de uma lei, seja nos modelos clássicos, seja nas formas derivadas que mesclaram características daqueles, revela apenas o que, num primeiro momento, prevaleceu em cada um dos sistemas.

Pouco a pouco, a concepção radical da nulidade da lei inconstitucional, que, excluído o caso austríaco, se difundiu em todos os outros modelos aqui estudados, foi sendo revista. E isto, certamente, em razão dos novos desafios que a vida real criava e que muitas vezes iam desaguar nos tribunais com competência para examinar a conformidade das leis com a Constituição, o que fez com que o Direito tivesse que evoluir a fim de acompanhar as complexas transformações que a sociedade conheceu no século passado.

Ademais, no próprio país em que surgiu a crença da anulabilidade da lei, e que havia ficado praticamente solitário no sustentar essa perspectiva, se enxergou que nem sempre essa pode ser a melhor solução, passando a ser admitida a relativização da eficácia *ex nunc*. Realmente, desde a reforma operada em 1975, o Tribunal Constitucional da Áustria foi autorizado a conceder eficácia retroativa à decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade da lei^{50/51}, contradizendo aquilo que havia sido idealizado por Kelsen como recomendável.

⁵⁰ Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 523-524, Dicembre, 1982.

⁵¹ De toda maneira, a bem da segurança jurídica, ficam fora do alcance da eficácia retroativa emanada do Tribunal de Justiça Constitucional, como informa Theo Öhlinger, as sentenças e atos administrativos transitados em julgado que se fundaram na norma posteriormente tida por inconstitucional. (La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 546, Dicembre, 1982).



Pode-se dizer, assim, que a evolução social possibilitou enxergar que o extremismo das concepções matrizes é que era pernicioso, e concluir que é possível operar, de acordo com a situação que esteja em jogo, com a flexibilização seja da ideia de nulidade da lei inconstitucional, seja da crença de sua anulabilidade.

Na continuidade, será mostrado como foi sendo colocado em dúvida o dogma, mais difundido, da nulidade da lei inconstitucional, começando pelo modelo norte-americano, que também poderia, por sua originalidade, ser mais refratário a mudanças.

4.1 A influência exercida pela *prospective theory* sobre a modulação dos efeitos das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade nos Estados Unidos

Paulatinamente, a jurisprudência norte-americana foi estabelecendo exceções ao princípio da nulidade da lei contrária à Constituição⁵², passando a aceitar, então, que fosse apta a produzir efeitos válidos desde que diante de uma situação em que fosse vital para a tutela de direitos adquiridos em boa-fé, ou por conveniência pública⁵³.

Isso se deveu não só pela ideia, derivada das antigas raízes da *common law*, e que foi sendo retomada a partir de certo momento, de que a atividade judicial não se resumia a uma mera aplicação do Direito, antes consistia em criação do Direito⁵⁴, mas também como consequência de delicadas situações

⁵² Ver LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, año 8, n. 22, p. 45-48, Enero/Abril, 1988.

⁵³ Nesses termos, ver GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado. Madrid: Alianza, 1984. p. 433.

⁵⁴ Abordando a evolução, nos Estados Unidos, de uma *declaratory theory* para uma *prospective theory* da actividade judicial, isto é, da alteração da ideia, corrente no séc. XIX, de que os tribunais se limitam a declarar o direito pré-existente, tal qual sustentado por Blackstone, para a aceitação, na linha do que foi desenvolvido por Austin, Holmes e Cardozo, os dois últimos juízes da Suprema Corte, da concepção que os tribunais, verdadeiramente, criavam o Direito, e refletindo sobre como isso possa ter influenciado na superação do valor absoluto atribuído à regra da eficácia retroativa da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, cf. SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 112-116, jan./jun., 2009.



que começavam a ser objeto de discussão nos tribunais.

Uma das razões que justificam, desde logo, a não retroatividade dos efeitos de uma decisão que reconhece a invalidade de uma lei, diz respeito à coisa julgada, isto é, ao julgamento transitado em julgado que se apoiou em dada interpretação da lei, seja a considerando válida, seja inválida, muitas vezes acompanhando o entendimento formulado pela própria Suprema Corte acerca da matéria, mas que vem a ser posteriormente superado por esta, e que, por razões de ordem pública, relacionada à segurança jurídica, deve permanecer intangível⁵⁵.

Um julgamento bastante célebre e ilustrativo refere-se ao caso «Likletter vs. Walker», no qual se discutia a partir de que momento deveria vigorar em relação aos Estados a exigência firmada no julgamento do caso «Mapp vs. Ohio», de exclusão da prova colhida em violação às disposições referentes a buscas e capturas da quarta emenda, e que tinha por esteio a cláusula do *due process*, da décima quarta emenda, no qual a Suprema Corte não fez acompanhar, como de costume, ao reconhecimento da inconstitucionalidade, uma eficácia retroativa⁵⁶.

A Suprema Corte decidiu, em sintonia do que havia sido julgado

⁵⁵ É o que teria sido firmado pela Suprema Corte, de acordo com Edward L. Barrett, Jr., Paul W. Bruton e John Honnold, no caso «Chicot County Drainage District vs. Baxter State Bank, 308 U.S. 371, 374 (1940), onde foi esclarecido que não se justifica o princípio da absoluta retroatividade da invalidade, portanto, que «o passado não pode ser sempre apagado por uma nova declaração judicial». (Constitutional law: cases and materials. 3. ed. Mineola: Foundation Press, 1968. p. 108).

⁵⁶ A transcrição da opinião of the Court, da lavra do Justice Clarck, e do dissent, do Justice Black, acompanhado pelo Justice Douglas, pode ser vista em BARRET, JR., Edward L.; BRUTON, Paul W.; HONNOLD, John. Constitutional law: cases and materials. 3. ed. Mineola: Foundation Press, 1968. p. 760-768. Note-se que, no dissent, o Justice Black chamava atenção especialmente para a injustiça que resultava de se considerar a prova, colhida em contrariedade à Constituição, inválida para a senhora Mapp, que havia sido então inocentada, e de não a considerar igualmente inválida para o senhor Linkletter, que deveria permanecer preso, apenas pelo fato de seu processo ter sido concluído antes do julgamento do caso da senhora Mapp. Como já foi reportado, outros ordenamentos possuem soluções diversas, uma vez que admitem a revisão da coisa julgada sempre que possa resultar benefício ao acusado condenado com base em uma lei inconstitucional. Na verdade, aquilo que se reconheceu por inconstitucional no julgamento do caso «Mapp vs. Ohio», serviu para beneficiar a senhora Mapp, que era parte no processo. No entanto, por uma questão de política criminal, e para não contrariar as expectativas geradas pelo anterior entendimento da Suprema Corte no sentido de que a proibição de buscas e capturas em violação à Constituição era exigível apenas nos feitos em curso perante tribunais federais, mas não junto às cortes estaduais, estabeleceu-se que o novel entendimento não poderia retroagir para alcançar os casos já definitivamente julgados antes da decisão de «Mapp vs Ohio».



pelo tribunal *a quo*, que a referida exigência não se aplicaria aos casos definitivamente julgados no período anterior ao julgamento do caso “Mapp vs. Ohio”, é dizer, estabeleceu uma eficácia puramente prospectiva de sua decisão.

Outros julgados podem ser mencionados, nos quais a Suprema Corte adotou posicionamento similar ao caso “Linkletter vs. Walker”, todos no sentido da relativização da eficácia *ex tunc* de uma decisão que superava um anterior entendimento da Corte sobre procedimento criminal.

Assim, no caso “Tehan vs. U.S.”, aplicou-se o entendimento baixado em “Linkletter vs. Walker”, proibindo que o que foi decidido em “Griffin vs. California” pudesse afetar os casos julgados anteriores a esta decisão; Em “Johnson vs. New Jersey”, tendo diante de si a questão de se o entendimento baixado em “Escobedo vs. Illinois” e “Miranda vs. Arizona”, acerca do direito à consulta e sobre confissões, deveria produzir eficácia *pro praeterito*, resolveu a Corte que os novos entendimentos somente poderiam ser aplicados aos casos iniciados após os julgamentos nos quais foram exarados; por fim, em “Stovall vs. Denno”, onde também se discutia a eficácia retroativa do entendimento manifestado em julgamentos anteriormente exarados pela Suprema Corte, acerca de confrontações com vistas à identificação, também se firmou que o que fora decidido em “United States vs. Wade” e “Gilbert vs. California”, somente tinha aplicação naqueles casos concretos e nos casos posteriores àqueles julgamentos⁵⁷.

Vê-se, portanto, que em “Johnson vs. New Jersey” e “Stovall vs. Denno”, a Suprema Corte conferiu eficácia ainda mais prospectiva às próprias decisões, já que não punha mais fora do alcance apenas os casos já definitivamente julgados, mas todos que houvessem iniciado antes da decisão que superava o entendimento da Corte até então vigente, sendo certo que, ao mesmo tempo, consentia com a eficácia retroativa da decisão apenas para o caso concreto em que se dava a superação da jurisprudência anterior⁵⁸.

⁵⁷ Cf. BARRET, JR., Edward L.; BRUTON, Paul W.; HONNOLD, John. Constitutional law: cases and materials. 3. ed. Mineola: Foundation Press, 1968. p. 768-769.

⁵⁸ Como anota Tribe, se uma lei inconstitucional ou procedimento estatal contrário à Constituição pudesse ser entendido como ilegítimo desde o início, todos os indivíduos condenados com base na lei ou na ação estatal inconstitucionais deveriam ser beneficiados pela eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, e, conseqüentemente, postos em liberdade; Se, em alternativa, o reconhecimento da inconstitucionalidade apenas alcançasse o caso sob



Assim, para uma corrente doutrinária e jurisprudencial, mesmo que não pacífica, caberia ao órgão judicial, diante do caso concreto, ao reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, decidir sobre a melhor forma de dispor sobre os efeitos decorrentes da inconstitucionalidade da lei, seja retroativamente, seja prospectivamente, o que serve para mostrar, pelo menos, que a doutrina da nulidade da lei inconstitucional, mesmo nos Estados Unidos, não é absoluta e incontestável, já que se conhece e se aceita, a juízo do órgão do poder judicial competente, ressalvas em certas situações⁵⁹.

4.2 As inovatórias técnicas de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e de apelo ao legislador moldadas pelo Tribunal Constitucional Federal

Na mesma linha de transformações, traz-se à colação aquilo que ocorreu na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional Federal passou, cada vez mais, a se deparar com o problema da omissão inconstitucional.

O Tribunal Constitucional, partindo do entendimento de que cabe prioritariamente ao legislador concretizar a Constituição, assentou que não poderia preencher as lacunas porventura existentes, sob pena de afronta ao princípio da divisão de poderes e ao princípio democrático, o que o levou a desenvolver novas técnicas de decisão aplicáveis a essa matéria⁶⁰.

Diante disso, criou a técnica da “declaração de inconstitucionalidade

judgamento, não se poderia discutir a legalidade das condenações anteriormente firmadas com base na lei ou no procedimento contrário à Constituição. No entanto, ainda de acordo com o referido autor, no julgamento de «Linkletter vs. Walker», a Suprema Corte afastou os dois extremos, tratando o caso como de política judiciária, por considerar que a Constituição não proíbe nem exige a eficácia ex tunc, de maneira que deve a Corte, em cada caso concreto, definir a eficácia de suas decisões. Por outro lado, acrescenta que a posição tomada no sentido de que o novo entendimento somente deve ser aplicado para os casos futuros, salvo em relação ao acusado do próprio caso onde tenha sido firmado, que deve se beneficiar do efeito retroativo, seria com vistas a reduzir o tratamento desigual aos acusados em posições similares (American constitutional law. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 30-31).

⁵⁹ Cf., nesse sentido, SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 104-105, jan./jun., 2009.

⁶⁰ MENDES, Gilmar, Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. Direito Público, n. 27, p. 20, mai/jun., 2009.



sem a pronúncia da nulidade”, também denominada de “decisão de mera inconstitucionalidade”, dotada de carácter mandamental, na qual aceita a inconstitucionalidade da norma, mas recusa a declará-la nula, evitando a produção de um vazio no ordenamento jurídico, por entender que é menos lesivo à Lei Fundamental, em certos casos, manter no sistema uma norma inconstitucional do que simplesmente expurgá-la⁶¹, ao mesmo tempo em que endereça ao legislador uma ordem para que afaste o mais rapidamente possível a inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa reconhecida⁶².

Logo, por considerar que a lei não é inconstitucional para todas as relações jurídicas que nela encontram fundamento, mas sim que a inconstitucionalidade está no tratamento diferenciado em relação a pessoas na mesma situação, decidiu o Tribunal Constitucional caber ao legislador infraconstitucional afastar à ofensa ao princípio da isonomia, por entender haver inúmeras vias possíveis para atingir tal desiderato.

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade acarretaria, assim, a suspensão, a partir da decisão, da aplicação da norma inconstitucional pelos órgãos estatais, respeitando-se as relações até então produzidas sob o albergue da norma. Em outras palavras, surtiria efeitos *ex nunc*.

Na prática, o que fez o Tribunal Constitucional foi encontrar uma forma de contornar ou mesmo de não cumprir a determinação provinda do § 78, da Lei do Tribunal Constitucional Federal, no sentido de que, reconhecida uma inconstitucionalidade, se devia necessariamente declarar a nulidade.

Não é demais asseverar que, posteriormente, o próprio legislador sufragou o entendimento da Corte, de modulação dos efeitos de sua decisão, já que, desde 1970, restou autorizado, no § 31, nº 2, 2º e 3º períodos, da Lei do

⁶¹ SCHLAICH, Klaus. Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 575, Dicembre, 1982.

⁶² Acerca da paradigmática decisão datada de 11 de junho de 1958, na qual o Tribunal Constitucional deixou de declarar a inconstitucionalidade de lei, pois a nulidade não traria quaisquer benefícios aos prejudicados, em que pese fosse apta ao restabelecimento da igualdade, mas excluiria o direito daqueles que haviam sido contemplados pela lei, o que faria com que o tratamento da matéria se afastasse ainda mais do que dimanava da Lei Fundamental, bem assim de outras decisões análogas do Tribunal Constitucional Federal alemão, exaradas em 6 de Novembro de 1962 e em 31 de Março de 1971, cf., SILVA, Jorge Pereira, Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 115-116.



Tribunal Constitucional Federal, além da declaração de constitucionalidade e de nulidade, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade⁶³.

Além disso, criou a técnica de «apelo ao legislador», até hoje não reconhecida no direito positivo⁶⁴, na qual o Tribunal Constitucional Federal afirma que a norma ainda é constitucional, rejeitando, portanto, a declaração de inconstitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, instando, apelando ao legislador que aja sem demora, chegando mesmo a estabelecer prazos, para que o estado de tendente inconstitucionalidade, derivado da omissão legislativa em não adequar a legislação infraconstitucional às mudanças nas relações fáticas, não se instale definitivamente⁶⁵.

Entende o Tribunal Constitucional que, em certas situações, é preciso conceder mais tempo ao legislador para que compatibilize a legislação ordinária à Lei Fundamental, conclusão que se constrói a partir da incidência dos princípios da interpretação conforme e da presunção da constitucionalidade das leis, tempo este que às vezes é fixado pela própria decisão⁶⁶.

Possibilita, então, esta técnica, que determinada norma continue vigente, a bem da segurança jurídica, apesar de indiciar uma inconstitucionalidade que, com grande possibilidade, virá a ser declarada no futuro, caso o legislador não providencie nova legislação.

⁶³ Cf. MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 210.

⁶⁴ Ver, nesse sentido, SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 116.

⁶⁵ Como afirma Gilmar Mendes: “ (...) Essa técnica de decisão assumiu relevância ímpar nos casos da legislação pré-constitucional incompatível com a lei fundamental. A cassação dessas leis pré-constitucionais poderia levar, em muitos casos, a uma situação de autêntico caos. Daí ter reconhecido que o legislador haveria de dispor de um prazo razoável para adaptar o direito ordinário à nova ordem constitucional, reconhecendo como “ainda constitucional” o direito anterior, que deveria ser aplicado nessa fase de transição.” (Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro, p. 21). Acrescenta, ainda, Jorge Pereira da Silva, que “(...) Na verdade, a inconstitucionalidade não é aqui originária, resultando antes da falta de intervenção legislativa destinada a adaptar às novas realidades a norma jurídica em causa. Esse processo de inconstitucionalização progressiva, como já se sabe, pode dar-se tanto por razões de facto, como por razões de direito, como pela conjugação de ambas.” (Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 119).

⁶⁶ SCHLAICH, Klaus. *Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania*. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II n. 3, p. 576, Dicembre, 1982.



Tanto a técnica de declaração da norma como «meramente inconstitucional», quanto a técnica em que se declara a norma «ainda constitucional», evidenciam a intenção do Tribunal Constitucional de, em certas hipóteses, atenuar a obrigatoriedade da incidência da, às vezes problemática, eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade e, por consequência, da nulidade *ab initio*, modulando os efeitos de sua decisão de maneira diversa^{67/68}, a fim de não provocar, uma situação ainda mais apartada daquilo que promana da Lei Fundamental.

4.3 As sentenças desenvolvidas pela Corte Constitucional italiana

A Corte Constitucional italiana verificou, com o passar do tempo, que era insuficiente, para o cumprimento de seu mister, proferir sentenças que rejeitassem a alegação de inconstitucionalidade (*sentenze di rigetto*) ou que a acolhessem (*sentenze di mero accoglimento*).

Assim, desenvolveu outros tipos de decisões, importando nessa abordagem tratar das denominadas sentenças monitorias ou de advertência (*le sentenze monito*), além das controversas sentenças aditivas (*le sentenze additive*).

Nas *sentenze monito*, a Corte Constitucional termina por afastar a alegação de inconstitucionalidade, se bem que renunciando um futuro acolhimento, caso o legislador não procure aperfeiçoar a lei cuja constitucionalidade fora colocada em dúvida. Trata-se, portanto, de técnica semelhante ao «apelo ao legislador» desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

Já com a técnica das *sentenze additive*, a Corte Constitucional realiza mais do que a mera declaração de inconstitucionalidade parcial, pois ao reformular a parte inconstitucional da disposição normativa, cria uma nova

⁶⁷ RUIZ, M^a Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, n. 8, p. 183, Ene./Abr., 1991.

⁶⁸ Apesar de se colocar em dúvida do ponto de vista jurídico a força vinculativa que decorre deste tipo de pronunciamento, o certo é que o legislador alemão tem sido cooperante, atendendo com presteza aos reclamos do Tribunal Constitucional, mostrando-se, assim, o «apelo ao legislador», dotado de eficácia. Cf., nesse sentido, MENDES, Gilmar. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. Direito Público. Brasília, n. 27, p. 21, mai./jun., 2009; SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 117.



norma jurídica.

Note-se, no entanto, que Crizafulli e Paladin⁶⁹ distinguem, dentro do gênero “sentenças manipulativas”, as *additive* das *sostitutive*. Nas primeiras, que podem ser chamadas também de sentenças aditivas simples, a inconstitucionalidade da disposição deriva do fato de ter sido o legislador omissor, prevendo menos do que deveria, de modo que a Corte Constitucional estende a aplicação da regra às situações similares excluídas inconstitucionalmente pelo legislador, enquanto nas segundas, a inconstitucionalidade deriva da própria disposição, que é substituída, a partir da atividade criadora da Corte Constitucional, que modifica expressamente a regra em análise, pela regra que deveria ter sido criada pelo legislador, mas não o foi⁷⁰.

Não obstante, um traço característico de ambas é que o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma não importa em eficácia *ex tunc* ou *pro praeterito*.

Diante da resistência levantada pela doutrina e tribunais contra suas sentenças manipulativas, mesmo contra as sentenças aditivas, já que haveria um ativismo judicial bem mais acentuado nas sentenças substitutivas, passou a Corte Constitucional, a partir de meados da década de 80, assumindo uma postura de auto-contenção, a proferir sentenças aditivas de princípio⁷¹.

Nestas sentenças, a Corte Constitucional, após declarar a inconstitucionalidade da norma, não reconstrói automaticamente a disciplina necessária à colmatação da omissão legislativa, preferindo, de outro modo, prescrever um princípio constitucional aplicável à solução

⁶⁹ CRIZAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Comentario breve alla costituzione*. Padova: Cedam, 1990, p. 801). Ver também PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1998. p. 781-783. Cf., ainda, sobre as sentenças aditivas, NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 43, n. 170, p. 121-122, abr./jun., 2006.

⁷⁰ Ou, nas palavras de Carlos Blanco de Moraes: “(...) o referido tipo de sentença declara, por um lado, a inconstitucionalidade da norma na parte desta em que o Tribunal considera ser ilegítima e, por outro lado, acrescenta, em sua substituição, um critério de decisão diverso que deve ser conjugado com o segmento da norma não julgado inconstitucional. (As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 72).

⁷¹ Cf., nesse sentido, MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 29-30.



do problema, apesar de dotado de eficácia vinculativa, por considerar que existem vários caminhos igualmente constitucionais de preenchimento do vazio, co-obrigando e comprometendo, seja o órgão legislativo, a quem cabe prioritariamente formular os comandos normativos com eficácia geral, seja os órgãos jurisdicionais, diante da competência constitucional de resolver os casos concretos que lhes sejam submetidos, na tarefa de concretização da Constituição⁷².

Ao que mais de perto interessa a esta investigação, verifica-se, mais uma vez, mesmo no caso das sentenças aditivas de princípio, que a Corte Constitucional italiana, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade, exime-se de declarar a nulidade com eficácia retroativa, ao mesmo tempo em que adota uma atitude de auto-contenção em relação aos demais órgãos dos poderes constituídos.

Por fim, é de ser informado que a *Corte Costituzionale* começou, a partir da Sentença nº 139 de 1984⁷³, a não fazer acompanhar necessariamente eficácia retroativa à declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em que pese a interpretação que se consolidou na doutrina acerca do artigo 136 da Constituição italiana e de sua própria jurisprudência⁷⁴.

⁷² SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 125-126.

⁷³ É o que informa Francesco Saja, que aponta outros casos em que isso se repetiu, como por exemplo a Sentença nº 266 de 1988, que preservou as relações até então travadas sob a vigência da lei tida por inconstitucional, que não preservava a independência dos magistrados militares, e a Sentença nº 501 de 1988, que firmou uma data posterior para que certa lei considerada inconstitucional, sobre matéria previdenciária, deixasse de produzir validamente efeitos. (L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 7, Aprile, 1989). Ver, também, comentando esses e outros casos, com vistas a sistematizar os critérios que devem ser levados em conta pela Corte Constitucional para fundamentar uma disciplina prospectiva de suas decisões, MODUGNO, Franco. I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 41-49, Aprile, 1989.

⁷⁴ Em defesa da novel postura da Corte, pode ser trazida à colação a opinião, dentre outros, de Franco Modugno, para quem o artigo 30, terceiro parágrafo, da Lei nº 87 de 1953 contradiz, desde logo, o artigo 136 da Constituição italiana, já que este último apenas fala que a norma declarada inconstitucional deixa de ter eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão da Corte que reconhece sua inconstitucionalidade, de sorte que, tratando-se aquela de norma ordinária, poderia ser declarada parcialmente inconstitucional pela Corte Constitucional, afastando-se a suposta obrigatoriedade de que sua sentença sempre surta efeitos ex tunc, apesar de entender desnecessária uma tal declaração, bastando que a Corte Constitucional se utilize de uma distinção diacrônica entre normas e preceitos, por entender que é possível retirar de cada



Em que pese a crítica desfechada por muitos de que estaria a Corte Constitucional criando em seu favor poderes não conferidos por autorização constitucional ou legal⁷⁵, é certo que o referido órgão, para poder cumprir fielmente seu mister, não poderia ficar de mãos amarradas diante de certas situações em que a segurança jurídica e o interesse público falam mais alto.

4.4 A recepção pelo Tribunal Constitucional espanhol das técnicas desenvolvidas na Alemanha e na Itália

O Tribunal Constitucional espanhol também já teve a oportunidade de empregar as técnicas desenvolvidas na Alemanha e Itália diante de omissões inconstitucionais.

Nesse sentido, informa Maria Angeles Ahumada Ruiz⁷⁶ que o Tribunal Constitucional já dispensou *recomendaciones* ou *apelaciones* ao legislador, como no caso da Sentença nº 53/1985, sobre a reforma do artigo 417 do Código Penal, que tratava do crime de aborto, na qual indicou precisamente como o legislador deveria se conduzir para contornar a inconstitucionalidade, com o objetivo de vincular seu atuar, e também na sentença nº 45/1989, de 20 de Fevereiro, relativa ao imposto de renda da pessoa física, quando se limitou a constatar a inconstitucionalidade de certos dispositivos por criarem uma discriminação não autorizada pela Constituição, mas deixando ao legislador, de acordo com sua liberdade de conformação, a escolha da melhor maneira de correção da inconstitucionalidade.

Também proferiu sentenças aditivas, seja em casos em que a lei excluiu inconstitucionalmente de sua disciplina sujeitos que também deveriam ser alcançados pela norma, em violação ao princípio da igualdade,

preceito tantas normas quantos forem os momentos de sua aplicabilidade concreta, de maneira que, retirando a eficácia das normas tidas por inconstitucionais a partir de um certo momento, isso não impediria que também se tornassem inaplicáveis para os casos concretos pendentes de julgamento. (I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 37-38 e 40-41, Aprile, 1989).

⁷⁵ Sobre o tema, cf. BARTOLE, Sergio. L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 17, Aprile, 1989; FOIS, Sergio. Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti sul processo costituzionale. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 28 e seguintes, Aprile, 1989.

⁷⁶ RUIZ, M^a Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, año 1991, n. 8, p. 183-184, ene/abr., 1991.



como são exemplos a Sentença nº 103/1983 de 22 de Novembro e a Sentença nº 14/1983 de 23 de Novembro, nas quais se declarou a inconstitucionalidade da norma na parte em que excluía os homens do direito à pensão pela viuvez, ao mesmo tempo em que lhes estendia o benefício, seja em casos de simples omissões, como no caso do direito de objecção de consciência do cidadão sobre o serviço militar, que ainda não havia sido regulado, garantindo um conteúdo mínimo ao referido direito enquanto o legislador não emanasse a lei devida, consistente no adiamento da incorporação⁷⁷.

Por fim, e não bastando isso, na Sentença nº 45/1989 já referida, superou o entendimento anteriormente assentado, afirmando que o reconhecimento da inconstitucionalidade não importa necessariamente nulidade, e que a LOTC não exige que a sentença produza efeitos necessariamente *ex tunc*, até porque é variável o conteúdo da nulidade em cada ramo do ordenamento jurídico, mas ao contrário, remete ao próprio Tribunal a tarefa de precisar os efeitos de suas decisões⁷⁸, tendo determinado, então, a suspensão da aplicação dos dispositivos tidos como inconstitucionais até o advento de nova regulação⁷⁹.

4.5 A eficácia das decisões proferidas na fiscalização da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional português após a revisão constitucional de 1982

No caso de Portugal, é de ser verificado que, após a revisão constitucional de 1982, restou o Tribunal Constitucional autorizado a modular os efeitos de suas decisões, conforme pode ser verificado do artigo 282, nº 4, da CRP⁸⁰.

⁷⁷ RUIZ, M^a Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, año 1991, n. 8, p. 185-186, ene/abr., 1991.

⁷⁸ SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 110-111 e 123, jan./jun., 2009.

⁷⁹ RUIZ, M^a Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, año 1991, n. 8, p. 185-186, ene/abr., 1991.

⁸⁰ Eis o teor do mencionado dispositivo: “4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance



Assim, apesar de os efeitos da declaração de inconstitucionalidade serem, em regra, *ex tunc*, de acordo com o disposto no nº 1, com a ressalva do nº 2, do artigo 282º, o certo é que, havendo razões relevantes, que deverão ser objeto de fundamentação, razões essas relacionadas à segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo, pode o Tribunal Constitucional modulá-los de maneira diversa, resguardando situações jurídicas que foram travadas sob a batuta da lei inconstitucional.

A utilização da autorização prevista no artigo 282º da CRP implica, então, na salvaguarda de efeitos produzidos por uma lei inconstitucional, o que pode se justificar em razão de outros valores também acolhidos pela Constituição, especialmente a certeza e segurança jurídicas, e que deverão ser ponderados pelo Tribunal Constitucional⁸¹.

5 NULIDADE OU ANULABILIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL?

Final de contas, quem estava com a razão, Marshall ou Kelsen? Seria a lei inconstitucional nula ou anulável?

Vimos que ao que a doutrina norte-americana tradicional chamava de nulidade, encarava como se fosse um caso de inexistência, daí porque, por lógica, da decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade outra eficácia não podia ser defendida senão a retroativa, é dizer, de que se devia cortar o mal pela raiz, declarando-o nulo desde sua entrada em vigor, excluída a produção de quaisquer efeitos válidos pela lei inconstitucional.

Por sua vez, justamente porque Kelsen não aceitava que uma lei, mesmo contrária à Constituição, pudesse equivaler a um não-acto, a um nada jurídico, coerentemente defendia que não deveria ser tida como nula, mas somente como anulável⁸², o que fazia com que a decisão da Corte

mais restritivo do que o previsto nos nºs 1 e 2.”

⁸¹ Como já se teve a oportunidade de assinalar, caso houvesse no ordenamento jurídico alemão uma disposição similar ao artigo 282, nº 4, da CRP, não teria sido necessário que o Tribunal Constitucional Federal desenvolvesse técnicas como a de «declaração de nulidade sem pronúncia de nulidade» e de «apelo ao legislador», que causavam a impressão de que a Corte estaria «ratificando atos inconstitucionais do Parlamento». (Ver MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado. Curitiba: Juruá, 2009. p. 120-121).

⁸² Aceitando, neste aspecto, o entendimento de Kelsen, equiparando o termo «nulidade» ao



Constitucional fosse dotada de eficácia desconstitutiva ou revogatória, atuando como se fosse um legislador negativo, significando dizer que até à pronúncia da Corte a lei deveria ser considerada constitucional, e, como tal, que deveriam ser reconhecidos como válidos os efeitos jurídicos produzidos antes da data do pronunciamento constitutivo da inconstitucionalidade.

No entanto, não se deve confundir nulidade com inexistência⁸³. Uma lei não existe juridicamente, por exemplo, quando votada ou baixada por órgão estatal que não tenha recebido tal poder da Constituição⁸⁴ – portanto, mais ainda em se tratando de ato baixado por pessoa ou entidade não estatal. Da mesma maneira, não existe lei quando, aprovada pelo Poder Legislativo, ainda não tiver sido sancionada e promulgada, posto faltar elemento obrigatório para o nascimento (existência) da lei⁸⁵.

termo «inexistência», que, em que pese isso, como será defendido, possuem sentidos diversos, aduz Regina Maria Macedo Nery Ferrari: "(...) Isso posto, sabemos que o ato nulo é aquele considerado como jamais existente, quando a nulidade ocorre de pleno direito e, portanto, ninguém é obrigado a obedecer-lhe. Isto, porém, não pode ser aplicado dentro do âmbito do nosso estudo, pois sabemos que uma lei traz, em si mesma, a presunção de validade, até que apurada sua invalidade pelo órgão determinado pelo ordenamento jurídico como competente para tal, permanecendo como válida e, portanto, obrigatória até este momento." (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 122).

⁸³ Desenvolvendo uma «teoria dos atos jurídicos de direito público», examinando detidamente os planos da existência e da validade, em especial no que se refere ao ato legislativo, cf. TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132-170. Acerca das premissas levadas em conta para o desenvolvimento do presente estudo, em especial o entendimento que se deve ter sobre existência, validade e eficácia das normas e actos jurídicos, consulte também MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33-52).

⁸⁴ Como esclarece André Ramos Tavares: "(...) O poder normativo está distribuído, no ordenamento jurídico, entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, concentrando-se, é certo, neste último, com maior intensidade do que naquele, embora este atue, em regra, mediante colaboração daquele. Um caso possível de lei inexistente, nestes termos, é a 'lei' criada e publicada pelo diretor responsável pelo diário oficial, que é o instrumento adequado para veicular as leis. Trata-se de agente público, que, contudo, não é indicado como um dos possíveis centros de criação do Direito. Embora haja manifestação de vontade (desse agente em específico), conteúdo de lei e forma de lei, não há o agente capaz para produzir a lei, segundo o disposto no sistema, embora haja aparência de lei. Assim, entende-se que há lei inexistente." (Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 144-145). Preferimos, contudo, dizer que apenas que não há lei, que inexistente lei, posto que a expressão 'lei inexistente' conteria uma *contradictio in terminis*, pois ou existe e é lei, ou não existe e não é lei.

⁸⁵ A publicação, por exemplo, não é requisito de existência da lei, que já se encontra formada, mas elemento de validade, por conferir eficácia à lei criada, isto é, a possibilidade de



Assim, não se pode entender que um ato que tenha sido votado ou baixado pelo órgão a que a Constituição atribui o poder legislativo, e que tenha obedecido aos demais elementos necessários ao seu surgimento, seja inexistente juridicamente, podendo, apenas, tratar-se de um ato inválido, por ter afrontado formal (quórum insuficiente, vício de iniciativa, por exemplo) ou materialmente a Constituição⁸⁶.

Por outro lado, a invalidade que dimana da ofensa formal ou material à Constituição é a mais grave possível, consistindo, portanto, uma nulidade de ordem absoluta. Contudo, o fato de um ato ser nulo absolutamente não significa que não possa produzir efeitos jurídicos válidos, como ocorreria no caso de verdadeira situação de inexistência jurídica⁸⁷.

Assim, o ato inválido, mesmo quando eivado de nulidade absoluta, é capaz de produzir efeitos válidos até que advenha uma decisão que reconheça o vício⁸⁸, daí porque toda decisão dessa natureza tenha eficácia não meramente declaratória, mas sobretudo constitutiva.

Nesse ponto, vê-se que as ideias de Kelsen faziam sentido, pelo

desencadear efeitos jurídicos válidos. Cf., nesse sentido, TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 165.

⁸⁶ Nesse sentido, esclarece Luís Roberto Barroso que: "(...) Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. É nula de pleno direito." (O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 82).

⁸⁷ Note-se que, alicerçado em Tércio Sampaio Ferraz Júnior, André Ramos Tavares aduz o seguinte: "(...) Em termos práticos, a sanção de nulidade pretende como que desqualificar o ato desde seu nascedouro, como se inexistente fosse, como se o ato nulo o fosse ab initio, ope iure, sem qualquer ressalva ou exceção." (Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 141). Interessante notar, portanto, que a sanção de nulidade apenas «pretende» retirar os efeitos do acto desde o início justamente porque de inexistência não se trata, mas de invalidade, daí porque a cassação dos efeitos desde o seu nascedouro seja apenas uma opção mas não uma exigência.

⁸⁸ Em sintonia com o que vem sendo sustentado, escreve Regina Maria Macedo Nery Ferrari: "(...) Depreendemos, pois, que a norma inconstitucional é simplesmente anulável e que esta condição é uma sanção imposta por um órgão competente para tal, pela não concordância da mesma com as disposições normativas superiores, ou seja, com a norma fundamental de tal sistema jurídico. Porém, este reconhecimento pode ter força retroativa, visto que norma inválida, como a válida, produziu efeitos até a constatação de sua irregularidade. (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 124). Também aceitando que um ato inválido seja capaz de produzir efeitos jurídicos, cf. TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138.



menos quando defendia a ideia de que o ato legislativo deveria ser anulado, isto é, perder os efeitos a partir da decisão, mas não declarado nulo desde o início.

É que, a partir de uma visão mais apurada da teoria dos vícios dos atos jurídicos, todos os atos, desde que existentes, são na verdade atos meramente anuláveis, já que a retirada válida de seus efeitos jurídicos somente pode ser perpetrada por um órgão estatal com competência para tal mister, normalmente um órgão jurisdicional.

Somente isso pode explicar satisfatoriamente, diante da eficácia exclusivamente *inter partes* que promana do sistema difuso de controle, como permanecem intocadas todas as demais relações jurídicas produzidas sob o albergue da lei inconstitucional, desde que as pessoas que as titularizarem se acomodem e não busquem, judicialmente, a declaração de nulidade que porventura seja favorável para uma das partes da relação. Isso comprova que a lei existe e, apesar de inválida, é capaz de produzir efeitos até que porventura sobrevenha – ou desde que não sobrevenha – declaração jurisdicional em sentido contrário, o que logicamente só ocorrerá se houver provocação pela parte interessada no reconhecimento da invalidade.

Todavia, o mais correto mesmo, e isso de um ponto de vista estritamente jurídico, é que, sendo a lei inconstitucional um ato eivado de nulidade absoluta, somente ao tempo de seu reconhecimento deva a autoridade competente verificar se é mais conveniente afastar completamente os efeitos jurídicos derivados do ato inconstitucional, quando sua decisão produzirá assim eficácia *ex tunc*, ou se deverá modular os efeitos de sua decisão, estabelecendo um momento posterior à edição da lei a partir do qual deixará de produzir efeitos jurídicos válidos.

Percebe-se, então, que essa escolha deve mesmo ficar ao alvedrio, logicamente que fundamentado, do(s) órgão(s) que desempenha(m) a tarefa de guarda da Constituição.

E se isso tudo for verdade, há de se concluir que nem Marshall nem Kelsen estavam integralmente corretos ou enganados, pois, às vezes, de acordo com a vontade do fiscal da constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade deverá produzir eficácia retroativa, *pro praeterito*, e em outras, deverá produzir efeitos prospectivos, *pro futuro*. Afinal de contas, verdadeiramente incorreta, como demonstra a evolução da justiça constitucional sobre o tema, é a opção radical quer pela eficácia *ex tunc*, quer



pela eficácia *ex nunc*⁸⁹.

Portanto, de acordo com as diversas ordens constitucionais aqui estudadas, conclui-se que é incontestável que se caminhou no sentido de uma relativização da eficácia *ex tunc* do reconhecimento de inconstitucionalidade, a qual, de toda maneira, continua podendo ser desencadeada pelo titulares da missão de proteção da Constituição.

Realmente, é certo que as Cortes Constitucionais, bem assim, de uma maneira geral, as legislações que foram sendo baixadas sobre o problema, tem tratado a lei inconstitucional como inválida, no sentido de que a invalidez do ato pode, ao alvedrio fundamentado do titular da jurisdição constitucional, fundamentar seja a retirada retroativa e total dos efeitos por ela produzidos, seja a retirada de efeitos a partir da decisão ou em data posterior, o que, no último caso, faz relevar a natureza legislativa das funções desenvolvidas pelos tribunais constitucionais⁹⁰.

Diga-se, por derradeiro, que não se deve olvidar que da missão constitucional do guardião da Constituição deriva, mais que a oportunidade, a necessidade de, valendo da expressão utilizada por Franco Modugno⁹¹, «eliminar as leis inconstitucionais do ordenamento, mas sem produzir situações de maior inconstitucionalidade», tal qual de há muito tempo percebeu o Tribunal Constitucional Federal alemão⁹², o que somente pode ser alcançado a partir de um juízo de ponderação entre os valores constitucionais

⁸⁹ Ver, nesse sentido, ancorado em Ruotolo, SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 116, jan./jun., 2009.

⁹⁰ Nesse sentido, se bem que discutindo assunto diverso, mais precisamente criticando modelos nos quais ao próprio órgão legiferante seja conferido o poder de fiscalizar a constitucionalidade da lei, por isso colidir com a ideia de divisão funcional-orgânica, necessária à contenção do poder estatal, André Ramos Tavares propugna que "(...) aquele que detém o poder de dizer o que é o Direito e de interpretar as normas jurídicas, em última instância, acaba funcionando como 'legislador' (...) e também que "(...) O ato de julgar é, pois, compreendido aqui como um ato de criação do Direito, ao lado do ato legislativo (...)'" (Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 170).

⁹¹ MODUGNO, Franco. I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 39, Aprile, 1989.

⁹² Se bem que, à época, muito em virtude da preocupação de adotar uma atitude self restraint em relação ao legislador. Assim, ver BACHOF, Otto. BACHOF, Otto. Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México, D.F., Nueva Serie, año XIX, n. 57, p. 845 e 847-848, septiembre/diciembre, 1986.



da segurança jurídica, igualdade e justiça, devendo se preocupar, portanto, com as consequências políticas, econômicas e sociais de seus julgamentos⁹³.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Constituição da Alemanha em português: Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung//brasilia/pt/03/Constituição/art_100.html> Acesso em: 22 mar. 2007.

_____. Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, jan./jun., 2003. p. 251-252.

BARRET, JR., Edward L.; BRUTON, Paul W.; HONNOLD, John. **Constitutional law: cases and materials**. 3. ed. Mineola: Foundation Press, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARTOLE, Sergio. *L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno IX, n. 1, Aprile, 1989. p. 17-26.

BONAVIDES, Paulo. A evolução histórica do conceito de nulidade na jurisdição constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 11, 2007. p. 41-49.

⁹³ SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. *Revista de Direito Público*. Lisboa, ano I, n. 1, p. 106, jan./jun., 2009.



CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRIZAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio, **Comentario breve alla costituzione**. Padova: Cedam, 1990.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Controle de constitucionalidade na Europa. **Revista de Direito Público**. São Paulo, ano XX, n. 84, out./dez., 1987. p. 7-?

ESPANHA. **Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978**. Disponível em: <<http://www.senado.es/constitu/index.html>>. Acesso em: 25 mar. 2007.

_____. **Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**. Disponível em: <<http://www.senado.es/constitu/index.html>>. Acesso em: 25 mar. 2007.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FOIS, Sergio. *Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti sul processo costituzionale*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno IX, n. 1, Aprile, 1989. p. 27-35.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/italy.txt>>. Acesso em: 29 mar. 2007.

_____. Legge 11 marzo 1953, n. 87. Disponível em: <<http://www>.



cortecostituzionale.it/ita/testinormativi/fontididisciplina/legge_53_87.asp>. Acesso em: 27 mar. 2007.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 121-186.

_____. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3-46.

_____. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austríaca e americana. In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 299-319.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, año 8, n. 22, Enero/Abril, 1988. p. 9-51.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. **Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado**. Curitiba: Juruá, 2009.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. **Direito Público**. Brasília, n. 27, mai./jun., 2009. p. 7-45.

MIRANDA, Jorge de. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 6.

MODUGNO, Franco. *I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni*



in sede di giustizia costituzionale. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno IX, n. 1, Aprile, 1989. p. 37-50.

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 13-115.

MUSSO, Enrico Spagna. **Diritto costituzionale**. 4. ed. Padova: Cedam, 1992.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 170, abr./jun., 2006. p. 111-141.

ÖHLINGER, Theo. *La giurisdizione costituzionale in Austria*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno II, n. 3, Dicembre, 1982. p. 535-556.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português: organização do poder político**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2.

PACE, Alessandro. *La tutela costituzionale del diritto dia gire nei rapporti pendenti*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno IX, n. 1, Aprile, 1989. p. 51-60.

PALADIN, Livio. **Diritto costituzionale**. 3. ed. Padova: CEDAM, 1998.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar., 2005. p. 59-76.



PIZZORUSSO, Alessandro. *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno II, n. 3, Dicembre, 1982. p. 521-533.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa: AAFDL, 2009.

ROTUNDA, Ronald D.; NOWAK, John E. **Treatise on constitutional law: substance and procedure**. 2. ed. St. Paul: West Publishing CO, 1992. v. 1.

RUIZ, Ma Angeles Ahumada. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*. **Revista del Centro de Estudios constitucionales**. Madrid, año 1991, n. 8, ene/abr., 1991. p. 169-194.

SAJA, Francesco. *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno IX, n. 1, Aprile, 1989. p. 7-15.
SEGADO, Francisco Fernández. **La jurisdicción constitucional en España**. Madrid: Dykinson, 1984.

_____. *Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas*. **Revista de Direito Público**. Lisboa, ano I, n. 1, jan./jun., 2009. p.57-128.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SCHLAICH, Klaus. *Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno II, n. 3, Dicembre, 1982. p. 557-591.



TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto costituzionale comparato**. Padova: Cedam, 1981.

THE TEMPORAL EFFECTIVENESS OF THE SENTENCES THAT RECOGNIZE THE UNCONSTITUTIONALITY: NULLITY OR ANNULABILITY OF THE UNCONSTITUTIONAL LAW?

ABSTRACT

This article aims a further discussion about the temporal effects of the declaration of unconstitutionality, from a comparative view, to demonstrate that the radical option for the dogma of the nullity of the unconstitutional law, and the belief in its annulability, was object, due to the necessity of balance between the constitutional values of legal certainty, equality and justice, of a gradual flexibilization by the Constitutional Courts.

Keywords: Constitutional Justice. Unconstitutional Law. Nullity. Annulability. Legal Certainty. Principle of Isonomy. Modulation of Effects.

