

A SANÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: NOVA PROPOSTA DE ESTUDO PARA UM VELHO PROBLEMA

THE CONSTITUTIONALITY CONTROL OF THE LEGAL NORM INSIDE THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: NEW PERSPECTIVE FOR AN OLD PROBLEM

Antonio Carlos Ferreira de Souza Júnior¹

Professor do Curso de Especialização em Direito Tributário do IBET/IPET

RESUMO: O presente estudo se propõe a apresentar uma nova perspectiva para um antigo problema de âmbito constitucional: o controle de constitucionalidade da norma jurídica no ordenamento pátrio. Devido a isso, abordou-se, criticamente, as discrepâncias doutrinárias sobre a natureza da decisão de inconstitucionalidade, por meio da análise das principais teses: a da nulidade do ato normativo inconstitucional e da anulabilidade do ato normativo inconstitucional, além de examinar a sanção de inconstitucionalidade como uma consequência do reconhecimento da invalidade da norma jurídica a qual possui natureza constitutiva, devido ao fato de que desconstitui eficácia produzida pela norma inválida, construindo, dessa forma, um entendimento mais coerente com a realidade do sistema jurídico brasileiro, haja vista que as teorias dominantes se mostram insuficientes.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; direito constitucional; teoria da invalidade.

ABSTRACT: *The present study aims to provide a new perspective for an old problem of constitutional scope: the constitutionality control of the legal norm inside the Brazilian legal system. Therefore, we critically dealt with the doctrinal differences about the unconstitutionality decision's nature, through the analysis of the main theses: nullity of the unconstitutional normative act and annulment of the unconstitutional legislative act. It is also examined the unconstitutional sanction as a result of the acknowledgment of the legal norm's invalidity, which has a constitutive nature, since it deconstructs the efficacy produced by the invalid norm. Thus, an understanding was built more consistent with the reality of the Brazilian legal system, given that the dominant theories are insufficient.*

¹ Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito Tributário pelo IBET/SP.

KEYWORDS: *Constitutionality control; constitutional right; invalidity's theory.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O princípio da presunção de constitucionalidade das leis; 2 Declaração de inconstitucionalidade das leis; 3 Eficácia constitutiva da decisão de inconstitucionalidade; Conclusão.

SUMMARY: *Introduction; 1 The presumption of constitutionality of the rules; 2 Recognition of the incompatibility with the Constitution; 3 Effectiveness of the decision of unconstitutionality; Conclusion.*

INTROITO

Desde a célebre decisão de John Marshall, a doutrina do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis vem sendo incorporada a diversos ordenamentos jurídicos e adaptada de acordo com as especificidades e tradição jurídica de cada ordenamento.

No Brasil, o tema vem sendo estudado ao longo dos últimos séculos e conta com valiosas contribuições desde o célebre estudo de Rui Barbosa ao relativamente recente trabalho do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes.

Contudo, há questões pertinentes ao tema que, não obstante ter sido objeto de debates pela doutrina, ao logo do tempo, suscitam dúvidas devido as imprecisões terminológicas ou problemas de ordem pragmática.

Dentro dessa pesquisa, o presente trabalho possui o escopo de promover uma nova abordagem acerca de um velho tema, qual seja: a sanção da inconstitucionalidade no Direito brasileiro.

Para tanto, analisaremos o princípio da presunção de constitucionalidade das leis no Direito brasileiro e suas manifestações na nossa ordem jurídica.

Em seguida, trataremos das correntes clássicas que tratam do tema da sanção de inconstitucionalidade.

Por fim, com base nos magistérios da teoria do Direito, introduziremos o estudo da sanção de inconstitucionalidade a partir de uma nova abordagem.

1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A lei ou ato normativo editado conforme o processo racional de formação previsto no sistema jurídico, em função da estrutura procedimental do Estado

que legitima a sua produção, deve gozar da presunção de conformidade com a ordem jurídica vigente, haja vista que foi produzida, pelo menos *a priori*, por meio de processo legislativo legitimado pela vontade política (exercida pelo voto) e, por isso, deve ser obedecida por todos². Ou seja, a presunção possui lastro no processo legislativo, visto que há previsão de que o Congresso Nacional, por meio das suas Comissões de Constituição e Justiça, exerça o controle prévio da constitucionalidade dos projetos de leis. Em seguida, esse controle também será exercido pelo Poder Executivo, pois na fase de sanção ou veto também haverá o exame, por parte do Presidente da República, em virtude da obrigatoriedade de veto para os projetos de lei contrário à Constituição Federal.

Dessa forma, a presunção da constitucionalidade das leis parte da premissa de que os Poderes Legislativo e Executivo desempenharam o exame da compatibilidade da norma com a Constituição Federal, sendo necessário um procedimento específico previsto constitucionalmente para que o Poder Judiciário possa invalidar a norma³.

Em decorrência disso, são criados dois tradicionais cânones hermenêuticos para análise da constitucionalidade da norma jurídica: a) a inconstitucionalidade de uma norma deve ser evidente, devendo o julgador decretá-la com base em “uma clara e forte convicção – ‘*a clear and strong conviction*’ – da incompatibilidade” entre a norma e a Constituição⁴; b) na existência de duas interpretações possíveis, deve-se adotar aquela compatível com a Constituição, pois há presunção de que o legislador elaborou a norma jurídica no sentido compatível com a norma fundamental⁵.

Ademais, “decorre também da presunção da constitucionalidade dos atos do Congresso, o *quorum* especial da maioria absoluta dos membros de um Tribunal [ou julgamento por Corte Especial] para a declaração de inconstitucionalidade” de uma norma jurídica⁶.

² CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 150.

³ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 106.

⁴ NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 590.

⁵ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 146.

⁶ *Idem*, p. 107.

Diante disso, o princípio da presunção da constitucionalidade da lei foi recepcionado pela doutrina⁷ e jurisprudência nacional⁸, sendo incorporado, ainda que indiretamente, no ordenamento jurídico. Daí, em função desse princípio, as normas editadas no Direito brasileiro permanecem válidas enquanto o órgão competente para decidir sobre a constitucionalidade ou não das leis não emitir a decisão no sentido da inconstitucionalidade.

Aliás, esse princípio também exerce uma função pragmática fundamental para a manutenção da imperatividade das normas jurídicas⁹, pois, caso contrário, qualquer indivíduo poderia recusar a aplicação e/ou obediência à norma jurídica pertencente ao sistema, sob o argumento que a norma estaria, de alguma forma, violando a Constituição Federal. Deste modo, com base no princípio da presunção da constitucionalidade da lei, é conservada a imperatividade da norma incompatível com a Constituição até que haja o exame da compatibilidade, exercida por órgão com competência definida pelo direito positivo, mediante procedimentos de controle de validade da produção normativa¹⁰.

Para Lúcio Bittencourt:

A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei – não se presume lei – é para todos os efeitos. Submete ao seu império tôdas as relações jurídicas a que visa disciplinar e conserva plena e íntegra aquela força formal que a torna irrefratável, segundo a expressão de Otto Mayer.
[...]

⁷ NUNES, José de Castro. Op. cit., p. 589-592; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do contrôlo da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 85; BITTENCOURT, Lúcio. *Contrôle jurisdiccional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. p. 91-96; POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Op. cit., p. 104-109. No Direito português, vide: MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 2007.

⁸ Supremo Tribunal Federal, Representação nº 881/MG, Relator: Min. Djaci Falcão, DJ 13.12.1972. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 66, p. 630-658; Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 79.343, Relator: Min. Leitão Abreu, DJ 02.09.1977. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 17 ago. 2010; Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 93.356-5, Relator: Min. Leitão Abreu, DJ 04.05.1981. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 17 ago. 2010.

⁹ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*: ensaio da pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 127-139.

¹⁰ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 147.

Sendo a lei obrigatória, por natureza e por definição, não seria possível facilitar a quem quer que fosse furtar-se a obedecer-lhes os preceitos sob o pretexto de que a considera contrária à Carta Política. A lei, enquanto não declarada inoperante, não se presume válida: ela é válida, eficaz e obrigatória.¹¹

Marcelo Neves adverte que:

A inexistência de regra de calibração, implicando a eliminação a imperatividade da lei, impossibilitaria o funcionamento do sistema jurídico. Isso porque desapareceria o aspecto monológico ou o *certum* (a dogmaticidade), permanecendo exclusivamente o aspecto dialógico ou *dubium* (a interpretabilidade), na interação discursiva entre legislador e destinatários da lei. Também a existência de regra de calibração antagonica, no sentido da presunção de inconstitucionalidade da lei até que se realize a verificação de sua validade pelo órgão controlador, eliminaria por tempo indeterminado a imperatividade da lei, impossibilitando o funcionamento regular do sistema. O que pode ocorrer é a existência de um controle preventivo indispensável à promulgação da lei ou à sua vigência. Porém, neste caso, não se trata propriamente da presunção de inconstitucionalidade de lei, mas sim de uma condição de sua pertinência ao sistema, ou de sua vigência.¹²

Portanto, o destinatário da norma jurídica não poderá recusar aplicação e/ou descumprir lei por considerá-la inconstitucional, sob pena de sofrer agravamento da sua situação jurídica em virtude das sanções previstas pelo descumprimento da norma¹³.

¹¹ BITTENCOURT, Lúcio. Op. cit., p. 95-96.

¹² NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 147.

¹³ Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 139-149; KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 143.

2 DECRETAÇÃO¹⁴ DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A análise, ainda que superficial, das teses existentes na doutrina sobre a decisão da inconstitucionalidade das leis possui extrema importância para o enfrentamento da questão da eficácia da decisão e os efeitos decorrentes do seu desfazimento¹⁵.

2.1 TESE DA NULIDADE DO ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL

A ideia de inconstitucionalidade, apesar de referências históricas anteriores¹⁶, foi construída no Direito norte-americano a partir de meados do século XVII, por meio de manifestações jurisprudenciais nas Cortes de diferentes Estados da federação, notadamente Virgínia, *New Jersey*, Carolina do Norte e *Massachusetts*¹⁷. O então Magistrado George Whythe, Professor de John Marshall no Colégio de *William and Mary*, ainda que sem a coerência lógica posteriormente alcançada por Marshall, chegou a esboçar a tese sobre a inconstitucionalidade das leis. Em célebre julgamento da Corte Estadual da Virgínia, Whythe afirmou: “Se a legislatura tentar transpor os limites que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça pública de minha terra, afrontarei, da minha cadeira neste Tribunal, todo o seu poder, e, apontando-lhe a Constituição, lhe direi: até aqui podeis ir, além não”¹⁸.

Nessa linha, Alexander Hamilton, quinze anos antes da emblemática decisão de Marshall, já defendia a competência do Poder Judiciário para afastar aplicação das leis contrárias à Constituição. Porém, somente com o aresto de Marshall no famoso caso *Marbury v. Madison*, houve a consolidação jurisprudencial dos princípios do controle de constitucionalidade das leis¹⁹.

¹⁴ Preferimos utilizar a terminologia decretação de inconstitucionalidade de Pontes de Miranda, haja vista o caráter desconstitutivo da decisão. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. 3, 1967. p. 572.

¹⁵ Para os fins deste trabalho, não adotaremos a divisão em três correntes sobre as teorias da decisão de inconstitucionalidade, defendida por alguns autores, haja vista não haver diferença substancial entre a tese da nulidade e da inexistência. Cf. AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controversos do controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 27-31.

¹⁶ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Op. cit., p. 1-21.

¹⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Op. cit., p. 50.

¹⁸ BARBOSA, Rui. *Anistia inversa, caso de teratologia jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1986. p. 51 apud POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Op. cit., p. 25.

¹⁹ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Op. cit., p. 26-31.

No Brasil, a doutrina de Marshall foi sintetizada por Rui Barbosa:

Toda a construção do Direito americano tem por base a noção de que o povo possui originalmente o direito de estabelecer, para seu futuro governo, os princípios, que mais conducentes se lhe afigurem à sua utilidade. O exercício desse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se freqüentemente. Os princípios, que destarte uma vez se estabeleceram, considera-se, portanto, fundamentais. E, como a autoridade, de que eles dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses princípios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinalando-lhe os diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode cingir-se; ou pode estabelecer raias, que eles não devam transpor. Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembração, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipulariam esses poderes, e com que fim se reduziria essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela se propunha coibir? Acabou-se a distinção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, se os confins, que se estabelecem, não circunscreverem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigativos os atos permitidos e os atos desesos. Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar um dilema. Entre duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será

lei; se é verdadeira a segunda, as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo. Essa doutrina *está essencialmente ligada às Constituições escritas, e, portanto, deve-se se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade*.²⁰

Com base nessas lições, foi introduzida, no sistema brasileiro, a teoria da nulidade da norma inconstitucional a qual é aceita pela maioria da doutrina nacional, representada por notáveis juristas²¹. Ou seja, no Brasil, a doutrina posicionou-se em equiparar inconstitucionalidade e nulidade, sob o fundamento de que “o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição”²².

Entretanto, a importação da teoria da nulidade norte-americana para o Direito brasileiro, de certa forma, sustou o desenvolvimento de uma teoria própria sobre inconstitucionalidade das leis no Direito brasileiro. A prova disso é a confusão existente entre os efeitos do reconhecimento da incompatibilidade da norma com a Constituição e a sanção decorrente deste reconhecimento.

Lúcio Bittencourt já constatava o problema em meados da década de 1960:

[...] dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia *indireta* ou colateral da sentença declaratória, pois, embora procure os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente *anulada* a lei, porque a “sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça”, não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico razoavelmente aceitável, para justificar a sua extensão.

²⁰ BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 3. ed. Campinas: Russell, 2010. p. 40-41.

²¹ Cf. NUNES, José de Castro. Op. cit.; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Op. cit.; POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Op. cit.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 318.

Não apontam os tratadistas americanos, – infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a *codificação* do direito positivo –, limitando-se a enunciar o princípio em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*.²³

Observa-se que a doutrina brasileira, influenciada pela doutrina norte-americana, defende a inexistência da lei inconstitucional, pois a violação da Constituição Federal impediria a sua existência perante o ordenamento jurídico. Para essa corrente, não existe distinção entre o ato nulo e o juridicamente inexistente, isto é, a norma incompatível com a Constituição não pertence ao ordenamento jurídico²⁴.

Em função dessa premissa, tem-se caracterizado como declaratória a decisão de inconstitucionalidade da lei, conforme entendimento do doutrinador:

É impróprio dizer-se que o Judiciário *anula* a lei inconstitucional. Anular seria revogá-la, cassá-la, declará-la sem efeito, atribuição *privativa* da legislatura da qual tenha emanado. Sentenças não podem anular leis, disse Rui Barbosa. “Uma coisa é *declarar a nulidade*. Outra, anular. Declarar nula uma lei é simplesmente consignar a sua impossibilidade com a Constituição, lei primária e suprema. Hão de o fazer, porém, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hipótese nenhuma, como conclusão da sentença e objeto do julgado”.

Tal é o que poderia chamar – a técnica da declaração de inconstitucionalidade. Mas praticamente a lei declarada inconstitucional está ferida de morte. A decisão, ainda que em espécie, suprime-lhe virtualmente a autoridade na aplicação a casos idênticos. É dêsse ponto de vista que um dos mais autorizados expositores do moderno

²³ BITTENCOURT, Lúcio. Op. cit., p. 140-141.

²⁴ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 77.

direito americano afirma que a decisão judicial opera como um verdadeiro veto, tornando a lei impugnada *inteiramente nula*. [sic]²⁵

Poletti, resumindo a posição doutrinária dominante, descreve:

A doutrina afirma que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, nem jamais teve, nem terá. A doutrina da inconstitucionalidade repousa na oposição entre a lei e a Constituição, antinomia meramente aparente, pois a supremacia da Constituição a resolve. Não se poderá, por isso, atribuir à “lei inconstitucional” uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela presença judicial. Isso seria como negar, durante o tempo que não houve a declaração de inconstitucionalidade, a autoridade da Constituição.

Em conseqüência, não se poderia falar em decisão constitutiva, senão em declaratória, com efeito *ex tunc*. Vale a assertiva de que “lei inconstitucional” resume um expressão contraditória em termos: ou é lei, portanto compatível como a Constituição, ou, se contrária à Lei Maior, não pode ser lei. Neste caso, ela não se torna inválida, porque o Judiciário assim a declarou, mas assim é declarada porque radicalmente nula. Cumpre-se fazer com que os feitos eventualmente produzidos sejam apagados. É preciso apagar o passado e disso não deixar vestígios, restaurando-o sem máculas.²⁶

Outro ponto que merece destaque é a questão da vinculação da tese da nulidade aos efeitos produzidos pela norma atingida pela decisão de inconstitucionalidade. Como visto, para os adeptos dessa corrente, a norma “declarada” inconstitucional, por ser inexistente juridicamente, não produzirá quaisquer efeitos, sendo a eficácia do ato sempre *ex tunc*.

A adoção do “princípio” da nulidade da norma inconstitucional, por si só, não impede que o sistema de direito positivo desenvolva ou crie fórmulas ou gradações de sanções para a norma inconstitucional. Essa posição prestigia

²⁵ NUNES, José de Castro. Op. cit., p. 588-589.

²⁶ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Op. cit., p. 120.

os princípios fundamentais do Estado de Direito, notadamente o da segurança jurídica. Gilmar Ferreira Mendes assinala que:

Não se está a negar o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que sua aplicabilidade pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

Em outras palavras, a aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não importem, necessariamente, na eliminação direta ou imediata da lei no ordenamento jurídico.²⁷

Nada obstante, para os fins do presente trabalho, o objeto de análise será restrito à questão da natureza da decisão de inconstitucionalidade, à qual

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 333.

boa parte da doutrina brasileira atribui o caráter declaratório, fundamentando suas proposições na teoria da nulidade (= inexistência jurídica) da norma inconstitucional. Aliás, como verá mais adiante, essa concepção está situada na ausência de delimitação dos planos na qual está inserida a norma jurídica.

2.2 TESE DA ANULABILIDADE DO ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL

A teoria da anulabilidade da norma inconstitucional foi desenvolvida por Hans Kelsen, provocando vários debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial, especialmente no Brasil, que, predominantemente, por influência do Direito norte-americano, adota a teoria da nulidade do ato inconstitucional. Contudo, antes de adentrarmos na discussão nuclear, destacam-se as premissas que norteiam essa teoria.

Kelsen, em sua teoria, parte da concepção de que o ordenamento jurídico possui unidade e coerência absoluta, rechaçando a possibilidade de haver incompatibilidades normativas ou contradições presentes no sistema interno, isto é, “a unidade da ordem jurídica nunca pode ser ameaçada por qualquer contradição entre uma norma superior e uma inferior na hierarquia do Direito”²⁸.

Por isso, o autor nega a possibilidade de existir contrariedade entre a norma constitucional e a lei inconstitucional²⁹. Para ele, é contraditório falar que uma lei válida é contrária à Constituição, haja vista que o fundamento de validade da lei é a Constituição. Dessa forma, uma lei inválida não é contrária à Constituição, pois, em função de não estar pertinente com a norma fundamental, sequer poderá ser considerada lei³⁰.

Destarte, o ato jurídico objetivamente irregular não possui o caráter jurídico, pois não preenche os parâmetros que a norma de hierarquia superior determina, *v.g.*, igualmente, há uma clara equiparação entre os planos da existência e da validade das normas jurídicas.

Com base nisso, esboça o seu conceito de nulidade e anulabilidade:

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 233.

²⁹ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 74-76.

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 300.

A nulidade significa que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico. Se, em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade.³¹

Todavia, ao tratar do problema da lei inconstitucional, o autor interpreta que a norma fundamental, à qual a lei viciada está diretamente subordinada, cria uma condição, ainda que temporária, de validade que somente poderá ser objeto de anulação pela autoridade que produziu o ato ou demais pessoas autorizadas pelo direito positivo. Portanto, em função dessa cláusula, o órgão ou autoridade, com competência para decidir sobre a validade do ato, terá a prerrogativa de decidir sobre a anulabilidade do ato e não declarar a inexistência do mesmo, ou seja, “nunca há nada mais que a anulabilidade, nem que apenas no sentido de que é possível apresentar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade – uma anulação com efeito retroativo”³².

Deste modo, a decisão de inconstitucionalidade possui a natureza constitutiva, independentemente dos efeitos atribuídos a essa anulação. Não obstante o sistema de controle de constitucionalidade austríaco de 1920, criado com base nas ideias de Kelsen, adotar como regra a não retroatividade das decisões de inconstitucionalidade da Corte constitucional, Kelsen sempre defendeu a possibilidade de retroação dos efeitos da decisão, sem, contudo, se contradizer com suas premissas teóricas, visto que sempre admitiu a possibilidade de anulação com efeito retroativo do ato normativo incompatível com a norma fundamental³³.

Essa tese não ganhou muitos adeptos no Direito brasileiro e recebeu refutações de constitucionalistas de escol como Ronaldo Poletti:

³¹ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 140-141.

³² Idem, p. 143.

³³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 115-124.

Quanto à natureza ontológica da declaração de inconstitucionalidade, não há como reconhecer que ela existe pelo fato mesmo da aparência de lei da norma inconstitucional. A inconstitucionalidade não nasce da declaração. Mas esta existe por causa da primeira.

Do contrário, isto é, se considerasse que um ato inconstitucional da legislatura é lei ou pudesse ter existido, sequer um momento, como lei, conseqüências graves disso adviriam. Tais conseqüências, inadmissíveis e condenadas pelo nosso sistema [...]

Aliás, a vingar a tese de que a inconstitucionalidade, vale dizer a nulidade da lei, opera, tão-somente, a partir da decisão judicial pelo Supremo Tribunal, não haveria por que não transferir esse momento, o da anulação da lei inconstitucional (ela seria anulável e não nula), para aquele que o Senado decidisse suspender a sua execução. Esvaziados, em conseqüência, os efeitos da decisão judicial definitiva prolatada pelo mais alto tribunal do país, exatamente aquele que tem, como função primordial, a de guardar a Constituição.³⁴

Atualmente, essa teoria continua sendo rechaçada pela doutrina nacional.

2.3 APRECIACÃO CRÍTICA: ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA INVALIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL

Podemos identificar a inconstitucionalidade como conflito existente na relação entre as normas jurídicas e a Constituição Federal. Tal relação deve ser examinada do ponto de vista interno do sistema jurídico positivo, ou seja, o problema da inconstitucionalidade é originário da incompatibilidade da norma jurídica com os requisitos de validade contidos na norma superior. “Assim sendo, há de reconhecer-se que a inconstitucionalidade é um problema de relação intrasistemática das normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico estatal”³⁵.

³⁴ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Op. cit., p. 127-128.

³⁵ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 71.

Essa inconstitucionalidade importa no nascimento defeituoso da norma jurídica. Tal vício pode ser parcial ou total³⁶. Por isso, só podemos atribuir o adjetivo “inconstitucional” a uma norma existente, pois, “se não existem os elementos que compõem o ato legislativo, como se poderá examinar se preencheram ou não os requisitos de validade estipulados na Constituição?”³⁷ Assim, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico enquanto sistema permite³⁸ a incompatibilidade de proposições integrantes de um mesmo sistema, como entre leis e a Constituição, “como critério (fundamento) imediato de validade das leis, [que] também reconhece a pertinência [= existência] inválida (defeituosa) das normas legais, enquanto não haja o ato específico de expulsão”³⁹.

Portanto:

O vício da inconstitucionalidade corresponde a essa desconformidade estática (relativa ao conteúdo) ou dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter vertical (hierárquico), entre a lei e a Constituição, resolvida sempre “em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”. Não se confunde, vale ressaltar, com a sanção de inconstitucionalidade, que é consequência estabelecida pela Constituição para sua violação: a providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, a evolução do vício rumo à saúde constitucional. Caso essa evolução não se verifique espontaneamente ou dependa de intervenção coativa, far-se-á uso dos remédios constitucionais, ou seja, dos instrumentos de garantia compreendidos no chamado controle de constitucionalidade.⁴⁰

³⁶ Sobre as tipologias da inconstitucionalidade: MIRANDA, Jorge. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte, n. 18, a. 5, mar. 2003.

³⁷ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vícios e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 62.

³⁸ Conforme já delineado nesse trabalho, entende-se que a unidade e coerência não é condição para construção do sistema de proposições da ciência do direito, podendo haver contradição interna dentro do sistema do direito positivo.

³⁹ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 76.

⁴⁰ RAMOS, Elival. Op. cit., p. 63-64.

Do ponto de vista da teoria do Direito, a inconstitucionalidade ou, melhor dizendo, o vício da inconstitucionalidade, situa-se no plano da validade da produção normativa, podendo irradiar ou não os efeitos no plano da eficácia. A negação desse pressuposto vem produzindo efeitos danosos para o estudo da inconstitucionalidade, pois as construções teóricas desenvolvidas e repetidas pela nossa doutrina promovem uma verdadeira equiparação entre o plano da existência e da validade para os fins da natureza do vício da inconstitucionalidade.

Essa negação vem ganhando maior relevo para os adeptos da construção teórica denominada, neste estudo, de tese da nulidade do ato normativo inconstitucional, fundada na doutrina anglo-americana, visto que, para essa doutrina, a lei contrária à Constituição sequer pode ser chamada de lei, sendo juridicamente inexistente.

Advirta-se que o problema não está em estabelecer *a priori* qual a sanção que deve ser aplicada para norma eivada do vício da inconstitucionalidade, visto que não discordamos da posição dominante no Direito brasileiro, no qual a regra geral para o caso da inconstitucionalidade da norma é a sanção de nulidade (= desconstituição da eficácia produzida pela norma inválida perante o sistema) com efeitos *ex tunc*, mas sim a equiparação entre lei nula e lei inexistente, comumente utilizada pelos adeptos da teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional.

A lei inconstitucional pertencente ao ordenamento jurídico, ainda que temporariamente, sendo norma jurídica enquanto não houver o ato de expulsão, pelo órgão competente, delimitado pelo ordenamento jurídico. “Isso porque o sistema jurídico funciona com base no princípio da autoridade, o que implica, do ponto de vista pragmático, a imperatividade de suas normas inválidas”⁴¹. Aliás, esse é o corolário do princípio da presunção de inconstitucionalidade das leis já tratado neste trabalho.

Elival da Silva Ramos⁴², estudando a sanção de nulidade no nosso sistema, leciona que sanção de inconstitucionalidade é o preceito definido pelo ordenamento jurídico para remover o vício da norma jurídica perante o sistema. Por isso, a natureza e a forma da sanção varia de ordenamento para ordenamento.

⁴¹ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 80.

⁴² Idem, p. 90.

Para o autor, a sanção de nulidade, admitida no ordenamento brasileiro, impede que o ato inconstitucional possua eficácia desde a sua origem, isto é, não há decretação de nulidade com efeitos retroativos, mas tão somente o acertamento da nulidade existente desde o nascedouro da norma viciada. Portanto, nesse prisma, a norma inconstitucional nos países que adotam a sanção de nulidade como o caso do Brasil é existente, inválida e ineficaz desde o seu nascedouro.

Dessa forma, a decisão de inconstitucionalidade promove apenas o acertamento ou, melhor dizendo, o reconhecimento, mediante declaração, de ineficácia da norma estabelecida de pleno direito. Nesse caso, “a sanção opera de pleno direito, automaticamente, mas, em sendo assim, participa da plurivocidade significativa do sistema normativo, a qual gera incerteza quanto à ocorrência ou não do vício e da conseqüente sanção”⁴³. A decisão judicial de reconhecimento da inconstitucionalidade “reduz bastante essa incerteza, ao menos no tocante às pessoas a ele sujeitas e tem precisamente essa finalidade. Os efeitos, portanto, consistem em tornar indiscutível ou menos discutível a ocorrência da sanção de invalidade”⁴⁴.

O autor reconhece, todavia, que a aplicação da sanção da nulidade no sentido proposto “gera certa instabilidade nas relações jurídicas que é impossível de eliminar”. Destarte, “é compreensível a posição dos que sustentam inexistir no sistema de sanção de nulidade uma autêntica presunção de constitucionalidade das leis”⁴⁵. Logo:

Avaliados os resultados concretos de vários sistemas sancionatórios da inconstitucionalidade, parece-nos que, por meio da sanção de anulabilidade, se tem conseguido melhor equilibrar o princípio da supremacia constitucional com a exigência da segurança nas relações jurídicas.

Nem se argumente que a validade provisória da lei anulável implicaria tolerar a violação da Constituição, abrindo profunda brecha na solidez das Constituições rígidas. A anulação *ex nunc* da lei inconstitucional da lei inconstitucional foi abandonada até mesmo na Áustria,

⁴³ Cf. RAMOS, Elival. Op. cit., p. 90.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem, p. 130.

considerada paradigma do modelo, aliconstruído a partir das lições de Kelsen. Atualmente, os ordenamentos que acolhem a sanção de anulabilidade admitem, em graus variáveis, a retroatividade da anulatória, estipulando-se, em geral, como limite as relações exauridas sob o império da lei a ser desconstituída.⁴⁶

Não obstante, o professor da Universidade de São Paulo defende que aplicação da sanção de invalidade, com eficácia desconstitutiva, apenas seria possível no Brasil após reformulação do nosso modelo de controle de constitucionalidade. Entretanto, nesse ponto, não assiste razão ao professor.

Como sabido, o atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade possui a natureza mista, com inspiração no modelo americano, no qual o controle se dá a partir do caso concreto, e no modelo austríaco, no qual o controle pode ser efetivado diretamente a um Tribunal Constitucional. Logo, a aplicação das sanções de nulidade e anulabilidade não podem ser aplicadas de forma automática ao nosso ordenamento, até porque não seria cabível, conforme se passa a demonstrar. Em outro giro, o estudo dessas sanções na doutrina nacional vem sendo marcado por profundos equívocos quanto à natureza e os efeitos dessa sanção.

Dessa forma, busca-se, no presente trabalho, rediscutir a eficácia e a natureza jurídica da sanção de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Pontes de Miranda, já na década de 1940, advertia que a confusão na delimitação do conceito de nulidade e anulabilidade emanava da transportação, por parte da doutrina nacional, de conceitos de Direito romano, mesmo após superados os paradigmas nos quais esses conceitos estavam fundados. Toma-se, desde já, como ponto de partida, as lições do autor a fim de afastar eventuais imprecisões terminológicas:

[...] referimo-nos ao conceito romano de *nullus* e ao conceito moderno de “nulo”. O *nec ullus* do romano “não existe”; o nulo do jurista contemporâneo existe, mas anormalmente existe, *nulamente* é. Daí poder haver o nulo com todos ou com algum efeito, e não haver

⁴⁶ Idem, p. 131.

o inexistente com efeito: o que não existe não tem qualquer efeito; o nada nada produz. [...]”⁴⁷

Pois bem, como dito, a lei, quando ingressa no ordenamento jurídico, por meio do órgão de produção normativa previsto na Constituição, passa a pertencer ao ordenamento mesmo que inicialmente não se possa aferir se a norma obedeceu a todas regras de admissão, previstas no sistema. Dito de outra forma, a produção da norma pelo órgão competente constitui o suporte fático suficiente para existência do ato legislativo. Esse suporte fático, de início, será recepcionado pela “regra-princípio” da presunção da constitucionalidade das leis que possibilitará, ainda que limitadamente, a irradiação de efeitos jurídicos desse ato legislativo, isto é, o ato produzirá eficácia jurídica dentro do sistema, podendo ser retirado por meio de ato de revogação ou retirada em função da invalidade⁴⁸.

Porém, caso esse ato legislativo não obedeça completamente às normas de admissão prevista no sistema constitucional, quer em função do desrespeito de procedimentos formais de edição do ato quer por violação do conteúdo material do sistema constitucional. Nesse caso, o ato, apesar de existente e produzir eficácia (ainda que limitada, pois esse ato possui imperatividade e deve ser obedecido), é inválido, devendo ser expurgado do ordenamento por meio dos procedimentos previsto pelo próprio sistema que é o controle de constitucionalidade. Desta feita:

[...] a lei inconstitucional é inválida por não retrotrair perfeitamente ao plexo normativo originário, ou, em outra perspectiva, porque dele não deriva regularmente. No caso, a invalidade resulta da não-conformidade a todas as “regras de admissão” contidas na Constituição, sejam referentes ao procedimento de elaboração legislativa (aspecto formal), ou as concernentes (direta ou indiretamente, positiva ou negativamente) ao conteúdo das normas legais (aspecto material). Portanto, é inválida porque não deriva perfeitamente (regularmente) do seu fundamento imediato de validade, a Constituição em vigor. Há suporte fático

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, t. 5, 1953. p. 293.

⁴⁸ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 80.

deficiente (→ invalidade), embora suficiente (→ pertinência), do ato legislativo.

[...]

Diante do exposto, concluímos que a lei inconstitucional é norma pertencente ao ordenamento jurídico, inválida (nula ou anulável) e, com certas restrições, juridicamente eficaz, enquanto não se profira decisão que a expulse definitivamente do sistema jurídico. Já nos sistemas de controle preventivo, o projeto de lei declarado inconstitucional não se transforma em lei (pré-exclusão de juridicidade); mas se o controle preventivo não se realiza, ou é favorável à constitucionalidade do projeto, há uma presunção *juris et de jure* de sua validade constitucional material, mas não necessariamente da sua validade constitucional formal.⁴⁹

Por isso, a sanção de invalidade aplicada à norma jurídica contrária à Constituição deve guardar consonância com essa característica do sistema jurídico, merecendo uma nova reflexão.

Como visto, boa parte da doutrina e jurisprudência defende que a sanção cabível para a norma inconstitucional é a nulidade do ato, entretanto, para essa corrente clássica⁵⁰, a nulidade se opera *ab initio*, isto é, uma norma contrária à Constituição sequer ingressa no ordenamento jurídico, motivo pelo qual a sanção de nulidade incidiria automaticamente, tendo a decisão no controle de constitucionalidade um efeito meramente declaratório. De outro modo, Elival Ramos, apesar de defender que essa técnica não prestigia a segurança jurídica bem como nega o princípio da presunção de constitucionalidade, entende que a sanção de nulidade no Brasil atinge a eficácia da norma desde a sua produção, impedindo-a de produzir quaisquer efeitos, motivo pelo qual a decisão apenas produz o reconhecimento da sanção.

Não obstante concordar que a regra geral no Brasil é a sanção de nulidade, não podemos concordar com os contornos dados até então. Primeiro porque só podemos anular ou declarar nulo aquilo que juridicamente existiu, motivo pelo qual afastamos de plano o argumento da doutrina clássica. “Para que a

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁰ Cf. nota nº 19.

decisão positiva sobre inconstitucionalidade fosse declaratória, seria preciso que a lei eivada de tal vício, não existisse, de jeito que o juiz ou tribunal diria: “Não existe”⁵¹.

Segundo, caso a norma inconstitucional fosse ineficaz *ab initio*, ela não teria imperatividade perante os seus destinatários, como também as relações reguladas por essa regra perderiam a sua juridicidade, afigurando-se um verdadeiro caos jurídico, visto que qualquer destinatário poderia se negar a cumprir a norma sob o argumento de que ela é ineficaz desde a sua existência. Nesse sentido, leciona Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁵²:

Se outro fosse o entendimento, teríamos, de maneira vertiginosa, instalado o caos na vida social e em suas respectivas relações. Como anteriormente ressaltado, a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo e, assim, não se teria nunca a certeza do direito, pois nunca estaríamos em condições de saber se um ato praticado validamente sob o império de uma lei seria assim considerado para todo o sempre. [...]⁵³

Assim, a sanção de nulidade (invalidade), admitida no nosso ordenamento, atua com eficácia desconstitutiva do ato normativo que estava produzindo efeitos, expulsando-o do ordenamento jurídico. Isso não significa dizer que os efeitos pretéritos (ou melhor, a eficácia pretérita) da norma viciada não sejam também desconstituídos. Na verdade, a regra é que a sanção de nulidade (invalidade) aja com duplo efeito desconstituindo os efeitos pretéritos do ato viciado, impedindo a possibilidade de irradiar efeitos futuros.

Salienta-se que, atualmente, o nosso ordenamento jurídico, notadamente em virtude do art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, admite, por razão de segurança jurídica e excepcional interesse social, a aplicação da sanção de nulidade de forma parcial, possibilitando a modulação da eficácia da sanção desconstitutiva para o ato viciado e as relações jurídicas decorrentes dele⁵⁴.

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 296.

⁵² A autora, apesar de defender a teoria da anulabilidade, ratifica o entendimento de que a sanção aplicável ao Direito brasileiro possui a eficácia desconstitutiva de natureza retroativa.

⁵³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 162.

⁵⁴ Sobre o tema: ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para interpretação conforme a constituição*

Nota-se que já na década de 1970, o Ministro do Supremo Tribunal Federal advertia a necessidade de reforma do posicionamento da doutrina clássica sobre a natureza da sanção de inconstitucionalidade:

Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, ao meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão se operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere a *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional se estabeleceram relações entre o particular e o Poder Público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo no amparo do direito objetivo.⁵⁵

do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit.; SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 101-138.

⁵⁵ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 79.343, Relator: Min. Leitão Abreu. DJ 02.09.1977. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 17 ago. 2010.

Contudo, não obstante o referido posicionamento, essa corrente jurisprudencial ainda não ganhou corpo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Talvez a falta de um *leader case* que demande um debate aprofundado da questão tenha prejudicado o exame do tema por parte da Corte Suprema.

3 EFICÁCIA CONSTITUTIVA DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Conforme o exposto alhures, a classificação atribuída à sanção de inconstitucionalidade influencia diretamente a atribuição da natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade.

A doutrina norte-americana da teoria da nulidade, conforme já explanado, com grande influência na doutrina nacional, proclama o entendimento de que a decisão de inconstitucionalidade possui a natureza declaratória, pois apenas certifica a existência ou inexistência da norma em razão da constituição. Em sentido diametralmente oposto, para os adeptos da teoria da anulabilidade, já devidamente explicada em tópico específico, prevalece o entendimento de que a sentença possui natureza constitutiva, haja vista que a norma é expulsa do sistema.

Na doutrina nacional, são raros os posicionamentos sobre a eficácia constitutiva da sanção de inconstitucionalidades, podendo-se destacar as lições de Pontes de Miranda⁵⁶, posteriormente seguidas por Regina Maria Macedo Nery Ferrari, que assevera:

No atinente à questão em foco, é necessário fazer a referência a Pontes de Miranda, que, propondo uma classificação das sentenças, alude ao fato de não haver sentenças puras, tendo todas elas elementos de outras, e que a classe dessas decisões é determinada pela preponderância de eficácia desses elementos. Afirma, pois, que a sentença declaratória de inconstitucionalidade é constitutiva negativa e que “para que a decisão de inconstitucionalidade fosse declaratória, seria preciso que a lei, eivada de tal vício,

⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 572.

não existisse, de jeito que o juiz ou tribunal diria *não existe*, e a eficácia seria a de toda a decisão declarativa".⁵⁷

Percebe-se, por isso, que os contornos dados à sanção de inconstitucionalidade influenciam diretamente a classificação da natureza da decisão. Como dito anteriormente, a sanção de inconstitucionalidade ataca norma inserida dentro do sistema normativo, que, apesar de ser eficaz, não preencheu o teste de validade perante a norma constitucional. Logo, esse enunciado não certifica a existência ou inexistência, mas desconstitui a eficácia da norma e, se for o caso, elimina os efeitos por ela produzidos.

Entende-se, portanto, que a decisão que decreta a inconstitucionalidade tem natureza constitutiva, pois o Tribunal Constitucional não irá apenas declarar o defeito da norma, mas procederá também a desconstituição ou modulação de seus efeitos. Por conseguinte, entende-se que nos casos em que o Tribunal Constitucional pronunciar a constitucionalidade da norma a decisão terá caráter declaratório, enquanto que nos casos que julgar pela a inconstitucionalidade, a decisão terá caráter constitutivo.⁵⁸

Assim, com base nessas premissas, faz-se necessário modificar o entendimento tradicional sobre a natureza da decisão de inconstitucionalidade, visto que não se pode declarar a existência ou inexistência de uma norma jurídica que ingressa no sistema, em virtude da presunção de constitucionalidade, e produz seus efeitos até que ocorra a expulsão mediante a sanção de inconstitucionalidade.

Desse modo, a sanção de inconstitucionalidade é veiculada por enunciado com a carga eficaz preponderantemente constitutiva de modo que a natureza da decisão de inconstitucionalidade é constitutiva.

CONCLUSÃO

A lei ou ato normativo editado conforme o processo racional de formação previsto no sistema jurídico, em função da estrutura procedimental do Estado

⁵⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p. 175.

⁵⁸ MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. *Limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: repercussão para os contribuintes*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010. p. 116.

que legitima a sua produção, deve gozar da presunção de conformidade com a ordem jurídica vigente, haja vista que foi produzida, pelo menos *a priori*, por meio de processo legislativo legitimado pela vontade política (exercida pelo voto) e, por isso, deve ser obedecida por todos.

Em função desse princípio, as normas editadas no Direito brasileiro permanecem válidas enquanto o órgão competente para decidir sobre a constitucionalidade ou não das leis não emitir a decisão no sentido da inconstitucionalidade.

Esse princípio também exerce uma função pragmática fundamental para a manutenção da imperatividade das normas jurídicas, pois, caso contrário, qualquer indivíduo poderia recusar a aplicação e/ou obediência à norma jurídica pertencente ao sistema, sob o argumento de que a norma estaria, de alguma forma, violando a Constituição Federal. Desse modo, com base nesse princípio, é conservada a imperatividade da norma incompatível com a Constituição até que haja o exame da compatibilidade, exercida por órgão com competência definida pelo direito positivo, mediante procedimentos de controle de validade da produção normativa.

A inconstitucionalidade é o conflito existente na relação entre as normas jurídicas e a Constituição Federal. Tal relação deve ser examinada do ponto de vista interno do sistema jurídico positivo, ou seja, o problema da inconstitucionalidade é originário da incompatibilidade da norma jurídica com os requisitos de validade contidos na norma superior.

Assim, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico enquanto sistema permite a incompatibilidade de proposições integrantes de um mesmo sistema, como entre leis e a Constituição, “como critério (fundamento) imediato de validade das leis, [que] também reconhece a pertinência [= existência] inválida (defeituosa) das normas legais, enquanto não haja o ato específico de expulsão”.

Portanto, a sanção de nulidade (invalidade), admitida no nosso ordenamento, atua com eficácia desconstitutiva do ato normativo que estava produzindo efeitos, expulsando-o do ordenamento jurídico.

Isso não significa dizer que os efeitos pretéritos (ou melhor, a eficácia pretérita) da norma viciada não sejam também desconstituídos. Na verdade, a regra é que a sanção de nulidade (invalidade) haja com duplo efeito, desconstituindo os efeitos pretéritos do ato viciado e impedindo a possibilidade irradiar efeitos futuros.

Conclui-se, com base no exposto, que a sanção de inconstitucionalidade é veiculada por enunciado com a carga eficaz preponderantemente constitutiva, de modo que a natureza da decisão de inconstitucionalidade é constitutiva.