

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

CONTROLE de CONSTITUCIONALIDADE

e seus EFEITOS

**4.^a
edição**

Revista e atualizada

2018

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal é a norma fundamental, ou seja, é nela que buscamos o fundamento de validade de todas as normas existentes no ordenamento jurídico¹, ocupando o ápice da pirâmide de Kelsen. Todas as situações jurídicas devem com ela guardar relação de compatibilidade, sob pena de não nascerem válidas.

Como bem assentado por José Afonso da Silva: “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”².

Com o surgimento de Constituições escritas³ e rígidas, bem como dos regimes democráticos⁴, sobrevém a necessidade de instrumentos necessários ao diagnóstico da violação do Texto Fundamental. Nestes, constata-se

¹ Segundo Kelsen, citado por Regina Macedo Nery Ferrari “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 41.

² *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 50.

³ Marcelo Figueiredo pontifica: “pode-se dizer que as Constituições escritas ainda são poderosos instrumentos de racionalização do poder, oferecendo, a todos os seus destinatários, uma real possibilidade de consagração e às vezes de satisfação de seus direitos”. O controle de constitucionalidade – Algumas Notas e Preocupações, publicado na obra: *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil, Recurso Extraordinário e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, coordenação: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, no prelo.

⁴ Fábio Konder Comparato leciona: “No regime democrático, o atributo maior da soberania popular consiste em constitucionalizar a nação. O poder constituinte pertence ao povo e somente a ele”. *Réquiem para uma Constituição*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de

o vício – a inconstitucionalidade – e aplica-se a respectiva sanção, preservando-se a segurança das relações jurídicas, que não podem fundar-se em normas inválidas.

No sistema constitucional pátrio está presente a característica da rigidez⁵ da Constituição, sobressaindo-se o princípio⁶ da supremacia⁷ das normas constitucionais.⁸

São Paulo, setembro de 1998, edição especial em comemoração aos 10 anos da Constituição Federal, p. 54.

⁵ Celso Ribeiro Bastos ensina: “Apenas as Constituições rígidas são modificáveis por um procedimento especial, posto que as flexíveis não veem duplicidade de processos legislativos, nenhuma diferença formal apresentando tanto a atividade legislativa ordinária quanto a constitucional”. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 51. Nossa Constituição é rígida, seu artigo 60 prevê um procedimento mais solene e dificultoso para alteração da Constituição comparado com as demais espécies normativas, inclusive com matérias inalteráveis por Emenda Constitucional: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1.º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2.º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3.º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5.º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”. Clèmerson Merlin Clève afirma que a “rigidez constitucional decorre da distinção entre o Poder Constituinte (ainda que derivado) e os Poderes Constituídos. Onde não há lugar para essa diferença, igualmente não há lugar para a rigidez constitucional”. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

⁶ Adota-se neste estudo a lição de J. J. Gomes Canotilho, que trata as regras e princípios como duas espécies de normas, op. cit., p. 1124. Roque Antonio Carrazza afirma: “Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 31.

⁷ “O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 50.

⁸ José Cretella Jr. afirma: “Somente nas hipóteses de *Constituição rígida* é que se pode aludir à *supremacia formal* da Constituição”. *Elementos de direito constitucional*, 4ª ed. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 23.

J. J. Gomes Canotilho teceu as seguintes considerações sobre o tema em comento:

*“A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – **supremacia da constituição** – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘primado do direito’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”.*⁹

A ausência de dispositivo expresse consagrando a supremacia da Constituição é questão de somenos importância. Esta é extraída da interpretação de diversas normas constitucionais.

André Ramos Tavares salienta que na Constituição de alguns países, como Portugal (art. 3.º.2 e 277.º.1) e Espanha (art. 9.1), há previsão explícita da superioridade normativa da Constituição. Contudo, em outros países está implícita¹⁰, como no Brasil, onde a

*“superioridade se colhe pela visualização de inúmeros dispositivos em especial os arts. 60, 102, e 103 da Constituição de 1.988, podendo-se acrescentar o art. 23, I, que estabelece ser da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios ‘zelar pela guarda da Constituição’, e o art. 78, que prevê a submissão do Executivo à Constituição – e às leis”.*¹¹

Acrescentamos ao rol de dispositivos constitucionais acima, os seguintes artigos: 85¹², 25¹³, 29¹⁴, 32¹⁵, 121 § 3.º¹⁶ e § 4.º¹⁷, 125¹⁸, e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os artigos: 1º¹⁹ e 11²⁰.

⁹ *Direito Constitucional*. 4ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, p. 245, grifo nosso.

¹⁰ Nos Estados Unidos da América do Norte e na França, a supremacia da Constituição se fixou por obra da jurisprudência, conforme André Ramos Tavares, *Tratado da arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 72.

¹¹ *Tratado da arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 73.

¹² Constituição Federal: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal”.

¹³ Constituição Federal: “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

¹⁴ Constituição Federal: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos”.

Elival da Silva Ramos discorre sobre o princípio da supremacia:

*“O que importa, entretanto, é deixar patenteado que a rigidez e a supremacia (formal) das normas constitucionais estão umbilicalmente ligadas, devendo-se entender a supremacia hierárquica, simultaneamente, como regra estrutural (do ordenamento) e como um princípio constitucional, inferido, enquanto tal, das normas agasalhadoras da rigidez e do controle de constitucionalidade”.*²¹

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, tratou da matéria:

“Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental.

*Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia –, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica”.*²²

¹⁵ Constituição Federal: “Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

¹⁶ Constituição Federal: “Art. 121, § 3.º São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição”.

¹⁷ Constituição Federal: “Art. 121, § 4.º Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: I – forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição”.

¹⁸ Constituição Federal: “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

¹⁹ Constituição Federal, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 1.º O Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os membros do Congresso Nacional prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, no ato e na data de sua promulgação”.

²⁰ Constituição Federal, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 11. Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta. Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a lei orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição estadual”.

²¹ *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60.

²² ADIn 2.215-PE (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 de abril de 2001.

As precisas lições transcritas nos levam a concluir que o princípio da supremacia da Constituição foi consagrado pelo ordenamento pátrio, de forma implícita²³. Todos devem obediência aos ditames constitucionais, governantes e governados, sem qualquer exceção, sob pena de prática de ato inválido²⁴.

A prática de qualquer ato contrário à Constituição acarreta na ocorrência do vício: a inconstitucionalidade²⁵, que consiste na incompatibilidade do conteúdo de determinado ato normativo ou comportamento²⁶, ou do respectivo processo de elaboração²⁷, com a Constituição Federal. Há, outrossim, inconstitucionalidade na omissão.

Regina Macedo Nery Ferrari salienta que “inconstitucional pode ser a ação ou omissão que ofende, no todo ou em parte, a Constituição”.²⁸ É dizer, há inconstitucionalidade na omissão do Poder Público que deixa de regulamentar dispositivo constitucional, ou da autoridade administrativa que não pratica a conduta prevista na Constituição.

²³ Os princípios implícitos “ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de efeito indutivo para percebê-los e isolá-los”. Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 90.

²⁴ Os atos jurídicos irradiam-se por três planos: existência, validade e eficácia. Quanto à existência, a doutrina afirma que “todo negócio jurídico se compõe de determinados elementos estruturais, sem os quais não se pode reconhecer a sua presença”. Elival da Silva Ramos, op. cit., p. 8. É dizer, sem determinados elementos o ato é inexistente. “Válida é a norma que respeita um comando superior, ou seja, um preceito constitucional”. Maria Helena Diniz, *Norma Constitucional e seus efeitos*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 23. Para o citado autor: “Os atos inválidos (nulos ou anuláveis) são sempre, necessariamente, atos existentes, donde se pode afirmar, com Pontes de Miranda: eles são, posto que nulamente sejam”, op. cit., p. 9. Quanto ao plano da eficácia, afirma o professor: “a despeito da presença de todos os elementos estruturais do ato e do preenchimento dos requisitos de validade para eles estabelecidos, determinado negócio jurídico pode não gerar efeitos esperados pelas partes, em face da atuação de um fator de eficácia, que, embora muitas vezes fazendo parte do suporte fático do ato, é extrínseco à declaração negocial”, op. cit., p. 11. Não se pode olvidar que “a lei só se preocupa em sancionar com a invalidade os negócios existentes, cujos elementos estruturais não preencham os requisitos de validade normativamente estabelecidos”, conforme ressalta o precitado professor da Universidade de São Paulo, op. cit., p. 11.

²⁵ A inconstitucionalidade é vício, que “não se confunde, vale ressaltar, com a sanção de inconstitucionalidade, que é a consequência estabelecida pela Constituição para a sua violação: a providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, a evolução do vício rumo à saúde constitucional. Caso essa evolução não se verificasse 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”. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63-4.

²⁶ Inconstitucionalidade material.

²⁷ Inconstitucionalidade formal.

²⁸ *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 57.

“A incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela constituição e a *conduta negativa* do Poder Público omissis, configura-se na chamada *inconstitucionalidade por omissão*”.²⁹

Com o escopo de assegurar a supremacia constitucional, há previsão na própria Carta Fundamental de toda uma “mecânica voltada a policiar a ordem jurídica”³⁰, tanto no que concerne ao controle ou fiscalização da constitucionalidade propriamente dito, como no tocante à tarefa específica de dar efetividade às normas constitucionais.

“O principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da constitucionalidade”.³¹

Verificado o vício de inconstitucionalidade, urge a aplicação da sanção³², utilizando-se o controle de constitucionalidade, que no ordenamento pátrio é misto ou híbrido³³, por existirem dois métodos ou sistemas para o exercício do controle repressivo de constitucionalidade³⁴: o concentrado e o difuso, que serão oportunamente abordados.

O legislador constituinte originário não estabeleceu expressamente qual a sanção cominada à norma inconstitucional. Tal sanção está implícita, conforme leciona a doutrina.³⁵

A proeminência do Texto Maior

“tem o condão de desqualificar, no plano jurídico, o ato em situação de conflito hierárquico com o texto da Constituição – estimula reflexões teóricas em torno da natureza do ato inconstitucional, daí decorrendo a possibilidade de reconhecimento, ou da inexistência, ou da nulidade, ou da anulabilidade (com eficácia ex nunc ou eficácia ex tunc), ou, ainda, da ineficácia do comportamento estatal incompatível com a Constituição”.³⁶

²⁹ Dirceo Torrecillas Ramos, O Controle de constitucionalidade por via de ação, p. 100.

³⁰ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, p.320.

³¹ Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 34.

³² Que pode ser nulidade ou anulabilidade conforme o sistema adotado pelo ordenamento jurídico.

³³ Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 34.

³⁴ O objeto deste controle pelo Judiciário são leis ou atos normativos já editados. Vale lembrar que a doutrina trata do controle preventivo de constitucionalidade e dos órgãos controladores, bem como do repressivo, que não serão versados neste, para não distanciarmos do tema estudado.

³⁵ Nesse sentido é a lição de Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 256; Clèmerson Merlin Clève, *op. cit.*, p. 246.

³⁶ ADIn 2.215-PE (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 de abril de 2001.

A doutrina retrata com propriedade a importância da fiscalização de constitucionalidade:

*“O controle da constitucionalidade das leis é o corolário lógico da supremacia constitucional, seu instrumento necessário, o requisito para que a superioridade constitucional não se transforme em preceito moralmente platônico e a Constituição em simples programa político, moralmente obrigatório, um repositório de bons conselhos, para uso esporádico ou intermitente do legislador, que lhe pode vibrar, impunemente, golpes que a retalham e desfiguram”.*³⁷

Cabe ressaltar que:

*“A vinculação entre sanção e controle de inconstitucionalidade é tanta que a primeira constatação que fazer é a de que onde inexista um verdadeiro sistema de controle inexistente, também, sanção para o vício de inconstitucionalidade”.*³⁸

Feita uma breve abordagem sobre o controle, necessário tecer algumas considerações sobre a sanção cominada ao ato inconstitucional.

Na doutrina³⁹ defende-se que a modalidade de controle de constitucionalidade adotada identifica a sanção:

*“O sistema de controle de constitucionalidade funciona como critério identificador da sanção de inconstitucionalidade acolhida pelo ordenamento. Assim, a sanção de nulidade exige a presença do controle via incidental, apresentando a decisão que constata a incidência da sanção aparência de uma retroatividade radical, por redundar na negativa de efeitos ab initio ao ato impugnado. Já a sanção de anulabilidade aparece necessariamente associada ao controle concentrado, em que se produzam decisões anulatórias com eficácia erga omnes e não retroativas ou com retroatividade limitada”.*⁴⁰

Canotilho concorda com os ensinamentos acima: “No caso do *judicial review* o efeito típico é o da nulidade e não simples anulabilidade”.⁴¹ E afirma: a sanção nulidade é típica do controle difuso.

Convém lembrar que:

³⁷ Raul Machado Horta, *Direito Constitucional*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 130.

³⁸ Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 94.

³⁹ Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 94.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 94.

⁴¹ *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, p. 875.

“A sanção de nulidade é tida como a mais eficiente no que diz respeito à preservação da supremacia das normas constitucionais, por impedir o ingresso do ato legislativo no plano da eficácia desde o seu nascedouro (ab initio), automaticamente (pleno iure)”.⁴²

Nos ordenamentos que adotam a sanção anulabilidade, a norma constitucional produzirá efeitos até o pronunciamento⁴³ da inconstitucionalidade, ou outro momento⁴⁴. Em razão desta característica, o princípio da supremacia da Constituição perde sua autoridade⁴⁵, o que poderá ocasionar desconfiança da população quanto à observância das normas postas na Constituição, que serão descumpridas durante tal lapso temporal, causando inevitável insegurança jurídica.

Zeno Veloso cita julgado do Pretório Excelso⁴⁶ no qual o Ministro Celso de Mello consignou “que o repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição”.⁴⁷

Quanto à adoção da sanção nulidade pelo ordenamento pátrio, não se pode olvidar, que a própria Constituição Federal⁴⁸ dispõe que a inconstitucionalidade

⁴² Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 128.

⁴³ Elival da Silva Ramos afirma que nos sistemas que adotam a sanção de anulabilidade a “decisão judicial provoca mudança no plano do Direito material, não obstante já anteriormente nele prevista (potencialmente)”, *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 91.

⁴⁴ Esta última hipótese é a de restrição, ou manipulação, ou modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade que será tratada oportunamente.

⁴⁵ Em consonância com o afirmado, Daniel Sarmiento tece considerações acerca da sanção anulabilidade: “Tal sistemática se afiguraria contrária ao postulado da supremacia da Lei Maior, pois permitiria que, durante certo período, uma norma infraconstitucional se sobrepusesse à Constituição, desacatando impunemente os seus mandamentos”. *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, Hermenêutica e jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 11.

⁴⁶ Adin 652/MA, questão de ordem.

⁴⁷ *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 184.

⁴⁸ Constituição Federal: Artigo 52, X – “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei **declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal**”; e 103, § 2.º “**Declarada a inconstitucionalidade por omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”; e Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a **ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal**”; e 102, III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:...b) **declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal**”; e Art. 97. “Somente pelo voto da maioria

é reconhecida por decisão declaratória⁴⁹, o que reforça a tese da nulidade da lei inconstitucional, considerando que as decisões declaratórias⁵⁰ reconhecem atos nulos⁵¹, não anuláveis⁵².

Em síntese, não há previsão expressa na Constituição da sanção cominada ao ato inconstitucional, o que caracteriza o princípio da nulidade como implícito⁵³, extraído do controle difuso de constitucionalidade e das previsões na Constituição Federal que estabelecem que a inconstitucionalidade é reconhecida por decisão declaratória, reafirmando a nulidade do ato inconstitucional.

Entendemos que o “princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional”⁵⁴ e, segundo a doutrina, foi preservada “a orientação que considera nula *ipso jure* e *ex tunc* a lei inconstitucional”⁵⁵

absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais **declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público**”.

⁴⁹ Alfredo Buzaid defende que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade é declaratória, op. cit., p. 128-130. Em sentido contrário entendendo tratar-se de decisão constitutiva, afirmando que a lei inconstitucional é anulável, Regina Nery Ferrari, op. cit., p. 136.

⁵⁰ “O processo meramente declaratório visa apenas à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica”, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 302. Entendemos que é aplicável o conceito acima aos processos de controle abstrato, já que a inconstitucionalidade é uma relação jurídica.

⁵¹ Canotilho aponta: “Fala-se em efeito declarativo quando a entidade controlante se limita a declarar a nulidade pré-existente do acto normativo. O acto normativo é absolutamente nulo (null and void) e, por isso, o juiz ou qualquer outro órgão de controlo ‘limita-se’ a reconhecer declarativamente a sua nulidade. É o regime típico do controle difuso”, op. cit., p. 875.

⁵² Walber de Moura Agra afirma que em alguns casos a decisão de inconstitucionalidade é constitutivo-negativa, “tornando-se o ato inconstitucional por vontade do Poder Judiciário, dimensionando-se o STF como um órgão legislativo negativo”, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 495.

⁵³ Não se pode olvidar que entre os princípios implícitos e os expressos “não se pode falar em supremacia”. É dizer, ambos retiram fundamento de validade do mesmo texto jurídico, segundo lição de Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, p. 90.

⁵⁴ Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 255. O citado autor em nota de rodapé menciona julgado do Supremo Tribunal Federal, no RE 103.619, Rel. Min. Oscar Corrêa, publicado na RDA n. 160/80. No mesmo sentido Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 246. Ressalte-se que recentemente Gilmar Ferreira Mendes mudou de entendimento, concluindo que a “lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso iure*, mas apenas anulável”. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9868*, de 10-11-1999, p. 314.

⁵⁵ Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 256. Acrescenta o citado autor que tal posição tem base constitucional: “O princípio do Estado de Direito, fixado no artigo 1º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, consagrada no § 1º, do artigo 5º, a vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, que daí resulta, a imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma constitucional, reforçam a supremacia da Constituição”, op. cit., mesma página.

A maioria dos doutrinadores pátrios entende que no nosso ordenamento a lei inconstitucional é nula⁵⁶. Tal posicionamento é adotado pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁷.

João Leitão de Abreu⁵⁸ e Regina Maria Macedo Nery Ferrari não concordam com o entendimento que adotamos. Para eles, a lei inconstitucional é anulável, “visto que esta qualidade lhe é imposta por um órgão competente, conforme

⁵⁶ Adotamos a lição do professor Celso Ribeiro Bastos que “toda a norma infringente da Constituição é nula”, *Curso de Direito Constitucional*, p. 389. Entendem que a norma constitucional é nula: José Cretella Júnior, *Elementos de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 100; Geraldo Ataliba, *Regime Tributário e Estado de Direito*, site oficial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: www.trf3.gov.br/palestra03.htm, acesso em 28/09/2001; Ruy Barbosa, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo*, p. 47; Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade*, p. 132; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 55; Ada Pellegrini Grinover, *Controle da constitucionalidade*, Revista Forense vol. 341, p. 12; Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 256, Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade*, p. 249; André Ramos Tavares, *Tribunal e jurisdição constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 121; Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25; Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 40; José Adércio Leite Sampaio, *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 208 (este fala em nulidade no controle concentrado e inaplicabilidade no incidental), Ives Gandra da Silva Martins, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 205-7, Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 541; José Rogério Cruz e Tucci, *Aspectos processuais da denominada Ação declaratória de constitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade*, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes coordenadores, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 151; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 301 (especificamente sobre o Direito Constitucional brasileiro). Cabe salientar que a Lei n. 9.882/99, em seu artigo 11, prevê a possibilidade do Pretório Excelso decidir sobre qual será o momento da eficácia de sua decisão que declara a inconstitucionalidade, a Lei n. 9.868/99 contém dispositivo semelhante (artigo 27). Impõe-se, ao nosso sentir, a interpretação do citado dispositivo de acordo com o princípio da supremacia e o da nulidade do ato inconstitucional. Abordaremos este assunto nos itens 3.4 e 3.5.

⁵⁷ STF, RE-93173 / SP, Relator Min. Firmino Paz, Julgamento 15/06/1982 – 2ª Turma; RE-56192 / RN, Relator(a) Min. CÂNDIDO MOTTA, Julgamento 23/03/1965 – PRIMEIRA TURMA; ADIMC-1434 / SP AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR, Relator Min. CELSO DE MELLO; Julgamento 20/08/1996 – Tribunal Pleno; ADIQUO-652/MA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – QUESTÃO DE ORDEM, Relator Min. CELSO DE MELLO, Julgamento 02/04/1992 – TRIBUNAL PLENO; Rp. 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n. 96, p. 496 (508); RE 103.619, Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA n. 160, p. 80 e s.; e Supremo Tribunal Federal RTJ 55/744, 87/758, 89/367, 95/993, 101/503.

⁵⁸ ‘A Validade da Ordem Jurídica’, p. 156/165, item n. 11, 1964, Globo, *apud* ADIn 2.215-PE (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 de abril de 2001.