

# Leis Inconstitucionais

## 1 - Inconstitucionalidade da Lei de Assédio Moral

Publicado em 25/03/2010 por Inacio Vacchiano

Temos presenciado uma grande quantidade de leis estaduais e municipais versando sobre o assédio moral no setor público com a concomitância dos vetos do executivo e até de ação direta de inconstitucionalidade.

O executivo tem justificado esta posição em face ao afrontamento do artigo art. 61, § 1º, inc. II da CF que confere ao Presidente da República a iniciativa privativa de legislar sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria.

É nesse sentido que a jurisprudência do STF vem se posicionando compulsoriamente dado o princípio fundamental da separação dos poderes estampado no art. 2º da Carta Magna. Cabe lembrar que o poder constituinte originário também estabeleceu algumas vedações materiais a esse respeito quando definiu um núcleo intangível conhecido como cláusulas pétreas no art. 60, § 4º, e “in casu” o inc. III.

Cumprê relembrar ainda que STF sendo um órgão político poderia até dar um entendimento que corroborasse as leis aprovadas pelo legislativo, mas ocorre que este órgão também é parte interessada porquanto que um entendimento extensivo nesse assunto tão delicado poderia comprometer a si mesmo e a todo sistema pétreo. Assim, mesmo que nos utilizássemos da ponderação de princípios tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), o princípio da moralidade (art. 37), objetivos fundamentais como promover o bem de todos (art. 3º inciso IV), dificilmente estes seriam acatados.

A própria sanção do executivo não suprime o vício formal de iniciativa do legislativo pois cabe somente ao Presidente da República deflagrar o processo legislativo.

No entanto o legislativo federal poderá elaborar um projeto de lei para o código penal que sancione o assédio moral – a exemplo do projeto de lei 4.742/2001 – já que é vedada a edição de medidas provisórias que versem sobre o direito penal (art. 62, § 1º, “b”) pois no Brasil só cabe à lei prever a existência de crimes e de penas, em razão do princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX).

Outra saída seria a proposição de uma emenda constitucional que alterasse o art. 61, § 1º, inc. II, da CF dando abertura ao executivo legislar sobre o assunto em matéria que não mexesse no orçamento do executivo já que o art. 61, § 1º da CF parece querer proteger o numerário.

Em resumo, toda iniciativa de leis que englobem o assédio moral a exceção do direito penal deverá partir do chefe do executivo seja ele federal, estadual ou municipal.

Clique e baixe a monografia sobre assédio moral feita por Inacio Vacchiano e apresentada junto a Universidade Cândido Mendes.

(Fonte: <http://www.inaciovacchiano.com>,  
[http://brilhuntels.com/inaciovacchiano/assediomoral/legislacao/assediomoral\\_comentarios.html](http://brilhuntels.com/inaciovacchiano/assediomoral/legislacao/assediomoral_comentarios.html))

(Fonte: [forum.jus.uol.com.br/.../inconstitucionalidade-da-lei-de-assedio-moral/](http://forum.jus.uol.com.br/.../inconstitucionalidade-da-lei-de-assedio-moral/), data de acesso: 09/03/2011)

## 2 - Justiça considera exame da OAB inconstitucional e libera inscrição de bacharel

Agora em Mato Grosso \*Atualizada às 11h54, do dia 24/2

O juiz federal Julier Sebastião da Silva, titular da 1ª Vara da Justiça Federal de Cuiabá (MT), concedeu liminar determinando que a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) inscreva o bacharel em direito Davi Soares de Miranda como advogado sem exigir aprovação no Exame de Ordem. O estudante ingressou com um mandado de segurança em outubro de 2009 e agora teve o pedido deferido pelo magistrado – que seguiu o mesmo entendimento do desembargador Vladimir Souza Carvalho, do TRF-5 (Tribunal Regional Federal da 5ª Região), que considerou a aplicação do exame inconstitucional.

Leia a íntegra da sentença [aqui](#).

Por meio de nota, o presidente nacional da OAB, Ophir Cavalcante, afirmou que a seccional mato-grossense da entidade deve entrar com recurso contra a decisão no TRF-1 (Tribunal Regional Federal da 1ª Região), assim que for intimada da sentença. Para o presidente, a decisão do juiz foi "previsível e coberta de parcialidade.

Cabe ressaltar que, a decisão do TRF-5, válida para dois bacharéis do Ceará, foi derrubada pelo presidente do STF (Supremo Tribunal Federal), ministro Cezar Peluso, após análise do pedido da OAB.

Para fundamentar sua decisão, o juiz Julier Sebastião afirmou que “a Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, XIII, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Dispõe ainda que é da União a competência privativa para legislar sobre a organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício das profissões (artigo 22, XVI)”.

Segundo o magistrado, o Exame de Ordem, atualmente, adquiriu natureza jurídica “seletiva, tal qual um concurso público voltado ao preenchimento de cargo”. Para ele, a interpretação da Constituição “fulmina impiedosamente a transmutação normativa do exame em questão”.

Além disso, a lei que determina a necessidade da aprovação no exame para o exercício da profissão (inciso IV do artigo 8º da Lei 8.906/94) estaria “impedindo o acesso dos bacharéis de direito ao exercício da advocacia, instituindo uma lucrativa reserva de mercado aos advogados já estabelecidos”, argumentou o magistrado.

Segundo informações da OABB/MNBD (Organização dos Acadêmicos e Bacharéis do Brasil e Movimento Nacional dos Bacharéis de Direito), a decisão, por ser de um juiz federal, teria validade em todo o território nacional. Entretanto, a sentença em mandado de segurança tem efeito individual e não há na sentença decretação de efeito para todos os bacharéis, sejam do Mato Grosso ou de outros Estados ou regiões.

De acordo com as entidades, para isso acontecer seria exigido uma decisão “com efeito *ERGA OMNES*”, ou seja, válido para todas as pessoas na mesma situação, mesmo que não sejam parte na ação analisada.

A decisão foi tomada na tarde da última terça-feira (22/2) e divulgada hoje (23/2) pela OABB/MNBD.

## No Supremo

A decisão do desembargador Vladimir Souza Carvalho, do TRF-5, que julgou o Exame de Ordem inconstitucional, foi suspensa pelo ministro Cezar Peluso e, agora, a Suprema Corte aguarda para discutir em plenário o Agravo Regimental interposto para que a outra parte do processo possa expor seus argumentos e fundamentações sobre a inconstitucionalidade do Exame.

(Fonte:

[http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticia/JUSTICA+CONSIDERA+EXAME+DA+OAB+IN+CONSTITUCIONAL+E+LIBERA+INSCRICAO+DE+BACHAREL\\_73260.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticia/JUSTICA+CONSIDERA+EXAME+DA+OAB+IN+CONSTITUCIONAL+E+LIBERA+INSCRICAO+DE+BACHAREL_73260.shtml), data de acesso: 09/03/2011)

### 3 - Justiça Federal diz que exame da OAB é inconstitucional

INAR - [Daniella Dolme](#) - 16/12/2010 - 15h54 \*Atualizada às 19h44

O desembargador Vladimir Souza Carvalho, do TRF-5 (Tribunal Regional Federal da 5ª Região), concedeu liminar determinando que a OAB inscreva bachareis em direito como advogados sem exigir aprovação no Exame Nacional da Ordem. Para o desembargador, a exigência de prova para pessoas com diploma de direito reconhecido pelo MEC é inconstitucional.

A decisão (leia a íntegra aqui) ocorreu em uma ação particular movida por Francisco Cleupon Maciel, integrante do MNBD (Movimento Nacional dos Bacharéis de Direito), contra a OAB do Ceará. O pedido havia sido negado em primeira instância e o autor entrou com agravo no TRF-5. É primeira decisão de segunda instância que reconhece a inconstitucionalidade do Exame.

Por meio de nota, o Conselho Federal da OAB disse que recorrerá da decisão e ressaltou que a entidade está preocupada com a qualidade e não com a quantidade dos advogados.

De acordo com o desembargador Vladimir Souza Carvalho, relator do caso, o Exame de Ordem é inconstitucional, na medida em que a Carta Magna prevê que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Portanto, para o magistrado, não cabe à OAB "exigir do bacharel em ciências jurídicas e sociais, ou, do bacharel em direito, a aprovação em seu exame, para poder ser inscrito em seu quadro, e, evidentemente, poder exercer a profissão de advogado".

Ainda segundo a decisão, da forma como está regulamentada a norma atualmente, conferindo poder de decisão à Ordem, faz com que as avaliações realizadas ao longo da graduação percam a validade. "Trata-se de um esforço inútil, pois cabe à OAB e somente a ela dizer quem é ou não advogado", ressalta Carvalho.

Além disso, no entendimento do desembargador, a advocacia é a única profissão no país em que o estudante, já portando o diploma, necessita se submeter a um exame para poder exercê-la, "circunstância que, já de cara, bate no princípio da isonomia", observa Carvalho, condição também prevista na legislação brasileira.

"De posse de um título, o bacharel em direito não pode exercer sua profissão. Não é mais estudante, nem estagiário, nem advogado. Ou melhor, pela ótica da OAB, não é nada", aponta o magistrado.

## “Usurpação do poder”

Para o relator da decisão, a avaliação realizada pelo Conselho da OAB, obrigatória, “não se apresenta como devida, por representar uma usurpação de poder, que só é inerente a instituição de ensino superior”. Carvalho alega que somente a Presidência da República pode regulamentar, privativamente, a lei – o que, portanto, não deve ser de responsabilidade do Conselho.

O relator ainda argumenta que o STF (Supremo Tribunal Federal) já reconheceu a repercussão geral em um recurso extraordinário (RE 603.583-RS) que discute a constitucionalidade do Exame de Ordem para o ingresso no quadro de advogados da OAB. Segundo ele, “em breve, haverá uma solução definitiva para a questão”.

(Fonte:

[http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticia/JUSTICA+FEDERAL+DIZ+QUE+EXAME+DA+OAB+E+INCONSTITUCIONAL\\_72391.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticia/JUSTICA+FEDERAL+DIZ+QUE+EXAME+DA+OAB+E+INCONSTITUCIONAL_72391.shtml), data de acesso: 09/03/2011)

## 4 - Lojistas questionam nova Lei do Inquilinato

Sexta-feira, 08 de Janeiro de 2010

O Instituto Brasileiro de Defesa dos Lojistas de Shoppings (Idelos) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando a mudança na Lei do Inquilinato realizada em 2009. A entidade alega que a inclusão do artigo pela Lei 12.112, de 2009, afronta a Constituição Federal. O artigo impugnado pelo Idelos prevê, em seu parágrafo 1º, inciso IX, a possibilidade de despejo do locatário, em 15 dias, por falta de pagamento de uma única prestação ou encargos, antes mesmo que ele possa defender-se em juízo.

A entidade representativa dos lojistas de shoppings observa que o objetivo primordial do direito é "orientar as condutas inter-humanas no sentido de propiciar a realização de valores caros aos sentimentos sociais num determinado setor do tempo histórico", observando que o dispositivo impugnado contraria essa visão do direito.

Para o Idelos, o artigo combatido afronta o inciso III do Artigo 1º da Constituição, por contrariar o fundamento da dignidade da pessoa humana, lá previsto. Segundo o instituto, a carta constitucional coloca esse princípio do direito "acima de todos os demais, de modo que toda a ordem jurídica deverá convergir sempre para a sua máxima concretização".

(Fonte: *Correio Braziliense Online* - <http://www.varejista.com.br/noticias/75/lojistas-questionam-nova-lei-do-inquilinato>, data de acesso: 09/03/2011)

## 4 - STF admite progressão de regime nos crimes hediondos

Luiz Flávio Gomes - Elaborado em 03/2006.

1 - A decisão não significa que o STF “abriu as portas das cadeias”. A lei dos crimes hediondos continua em vigor e a análise de cada progressão caberá ao juiz.

Em 1990, para combater a chamada criminalidade (clássica), que mais preocupa a população (estupro, latrocínio etc.), o legislador brasileiro, com fundamento na Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII), aprovou a Lei 8.072/1990, que introduziu no nosso ordenamento jurídico infraconstitucional a figura dos crimes hediondos e equiparados. Cuida-se de texto legal que constitui um marco na legislação simbólica e

punitivista (que vem sendo adotada, nas duas últimas décadas, com grande amplitude, em toda América Latina).

Daí para cá, apesar de todo rigor da lei, a criminalidade clássica ou convencional só aumentou. Pouco ou nada foi feito para combater as suas causas (educação para todos, socialização do menor e do adolescente, moradia, emprego, integração familiar, menos desorganização social etc.). Sem que o governo e a sociedade civil cumpram (integralmente) suas responsabilidades básicas, é pura ilusão supor qualquer alteração séria no quadro de violência endêmica que estamos vivendo. Com leis penais novas muito menos chance haverá de resolver o problema.

Em lugar de se fazer o que deve ser feito, adotam-se medidas ilusórias e simbólicas, em todo momento, contando-se com o apoio de grande parte da mídia. A promessa de que leis penais duras acabam ou diminuem as taxas da criminalidade constitui a base dessa política simbólica e punitivista.

Ocorre que o legislador brasileiro também comete equívocos. Ele acabou capitulando como crime hediondo uma série de fatos que não possuem essa natureza. Por exemplo: toque nas nádegas, beijo lascivo, falsificação de cosméticos etc. Nesses casos, o rigor da lei e sua desproporcionalidade são patentes. A proibição da progressão de regime configura um desses instrumentos carentes de razoabilidade. O diploma legal, com seus critérios abstratos, nem sempre se apresenta como instrumento justo nos casos concretos.

É bem provável que ninguém como Alberto Silva Franco (Crimes hediondos, 4. ed., São Paulo: RT, p. 161 e ss.) tenha lutado tanto pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, que impõe o cumprimento da pena (por crime hediondo) integralmente em regime fechado. Sabemos que esse "integralmente" não nasceu verdadeiro, porque também os crimes hediondos admitem livramento condicional, ressalvando-se o reincidente específico em crime hediondo (pois nesse caso, como se sabe, não cabe livramento condicional).

Nossa Corte Suprema, até o ano de 2004, consolidou clássica jurisprudência no sentido de que era constitucional o citado dispositivo legal. Difusamente, entretanto, alguns poucos juízes do país, com base no princípio da razoabilidade (CF, art. 5º, inc. LIV), flexibilizavam o texto legal para, em casos concretos, afastar o seu rigor. De um modo geral, todavia, até 2004, seguiu-se a férrea posição do STF: crimes hediondos não permitem progressão de regime.

A primeira fissura legislativa nessa hermética disciplina jurídica ocorreu com a lei de tortura (Lei 9.455/1997, art. 1º, § 7º), que passou a permitir a progressão de regime nos crimes de tortura. Tentou-se (sobretudo a partir dos votos do Min. Cernicchiaro, no STJ) estender sua incidência para todos os crimes hediondos. Mas mais uma vez o STF fulminou qualquer esperança de liberdade (antes do cumprimento de dois terços da pena) para os autores de crimes hediondos. Firmou jurisprudência no sentido de que a lei de tortura só se aplica à tortura.

Com a nova composição do STF, esse quadro foi se alterando rapidamente (sobretudo no ano de 2005). No HC 82.959-7, rel. Min. Marco Aurélio, onde se discutiu em profundidade a questão, o placar final foi de seis votos (Marco Aurélio, Carlos Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence) a cinco (Carlos Velloso, Nelson Jobin, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Celso de Mello), pela inconstitucionalidade do 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990. A decisão do Pleno do STF foi proferida em 23.02.2006.

Observe-se que o STF não concedeu a pretendida progressão de regime no caso concreto. Apenas removeu o obstáculo legal que impedia a análise da progressão em crimes hediondos. Ou seja, dentro de um HC, proferiu-se um julgamento da lei em tese, proclamando sua inconstitucionalidade "urbi et orbis".

Aliás, antes mesmo do julgamento final do HC 82.959 (cujos efeitos práticos serão examinados em outro artigo), o STF já vinha concedendo inúmeras liminares para afastar o óbice legal proibitivo da progressão de regime nos crimes hediondos. Dentre outros, podem ser mencionados os seguintes HCs.: 85.270, 85.374, 86.131, 84.122. A decisão de 23.02.06, como se vê, foi o coroamento dessa tendência do Tribunal, cuja Primeira Turma, no HC 86.224, em 07.03.06, resolveu questão de ordem no sentido de que pode cada Ministro decidir individualmente (monocraticamente) os habeas corpus com pedido de progressão de regime.

Da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: o STF reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990 (lei dos crimes hediondos) num caso concreto. Logo, de acordo com a clássica doutrina, essa decisão não tem (ou não teria) efeito erga omnes (frente a todos), sim, somente inter partes. Mas convém sublinhar que esse assunto está ganhando uma nova dimensão dentro do STF e é bem provável que chegaremos em breve à conclusão de que, em alguns casos, do controle difuso de constitucionalidade deve também emanar eficácia erga omnes e vinculante (o fenômeno já está recebendo o nome de controle difuso abstrativizado, consoante expressão de Fredie Didier Júnior - "Transformações do recurso extraordinário". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 104-121).

Aliás, foi precisamente isso que ocorreu, recentemente, naquela famosa decisão do STF que decidiu sobre o número de vereadores em cada município, que foi dirimida dentro de um Recurso Extraordinário (RE 197.917-SP). Com base na decisão da Suprema Corte o TSE emitiu Resolução (Res. 21.702/2004) disciplinando a matéria, dando-lhe eficácia erga omnes. Foram interpostas duas ADIns contra essa Resolução (3.345 e 3.365). Ambas foram rejeitadas e, desse modo, o STF acabou proclamando que essa eficácia (erga omnes), extraída de uma decisão proferida em RE, estava absolutamente correta (porque, afinal, o RE deve ser visto na atualidade não só como instrumento para a tutela de interesses das partes, senão, sobretudo, como "defesa da ordem constitucional objetiva") (Gilmar Mendes).

No caso do HC 82.959 acham-se presentes todos os requisitos dessa nota "abstrativizadora" (ou generalizadora). Com efeito, a decisão foi do Pleno do referido Tribunal. De outro lado, cabe asseverar que a matéria (progressão de regime em crimes hediondos) não foi discutida só em relação ao caso concreto relacionado com o pedido do condenado, sim, o tema foi debatido e discutido olhando-se para a lei "em tese" (não se voltou unicamente para o caso concreto). Ademais, houve a preocupação de se definir a extensão dos efeitos da decisão, para disciplinar relações jurídicas pertinentes "a todos" (não exclusivamente ao caso concreto).

Chama atenção, nesse sentido, justamente o quarto voto favorável à tese da inconstitucionalidade, do Ministro Gilmar Mendes, que a reconheceu, porém, com eficácia ex nunc, não ex tunc (para frente, não para trás – nesse ponto invocou-se como base legal o art. 27 da Lei 9.868/1997, que é instrumento típico do controle concentrado). Afastou-se o óbice legal para a progressão de regime nos crimes hediondos, entretanto, daqui para frente. Por que eficácia só ex nunc? Porque dessa forma qualquer pessoa que tenha sido condenada e que já tenha cumprido pena em

regime integralmente fechado não conta com o direito de postular qualquer indenização contra o Estado.

Vigência e validade: já não se pode confundir a vigência de uma lei com sua validade. Aquela depende unicamente do preenchimento dos requisitos formais (discussão, votação, aprovação da lei, sanção, publicação e vigência). A validade, por seu turno, está coligada a exigências substanciais (ou materiais), ou seja, a lei vigente é válida quando compatível com a Constituição (quando for verticalmente compatível com o Texto Maior – Ferrajoli, Canotilho etc.). No momento em que o STF, por seu órgão Pleno, julga inconstitucional uma lei, retira-lhe a validade. O texto continua formalmente vigente, até que o Senado (CF, art. 52, X) suspenda a sua "execução" (ou seja, até que o Senado elimine formalmente o texto do ordenamento jurídico), mas não vale. E se não vale não pode ser aplicado por nenhum órgão jurisdicional do país.

A conclusão a que se chega, destarte, é a seguinte: apesar da inexistência de norma explícita, o julgamento de inconstitucionalidade de um texto legal, pelo STF, na prática, mesmo quando se dá num caso concreto, no que diz respeito à sua "validade", acaba produzindo efeitos "contra todos" e possui eficácia vinculante (sobretudo frente ao Poder Judiciário). O descumprimento da decisão do STF, por qualquer órgão judiciário brasileiro, para além de retratar uma convicção ideológica conflitiva com o Estado constitucional e democrático de Direito, dará ensejo a uma dupla consequência jurídica:

(a) em primeiro lugar cabe a interposição de uma Reclamação junto ao STF (contra a decisão do juiz que está violando a declaração de inconstitucionalidade mencionada). Em outras palavras, pode o prejudicado, via reclamação, bater às portas desta Corte para que se reconheça seu direito de ver seu pedido de progressão examinado concretamente pelo Judiciário;

(b) em segundo lugar, não se pode de modo algum afastar a possibilidade de uma ação indenizatória contra o Estado, por estar o Juiz afetando direitos fundamentais de um condenado, na medida em que recusa acolher uma declaração de inconstitucionalidade do STF ao mesmo tempo em que continua aplicando um texto legal já reconhecido como inválido. O descumprimento intencional e "irracionalmente ideológico" da decisão do STF, já anunciado por alguns juízes, pode indiscutivelmente implicar em responsabilidade civil do Estado (porque ninguém está obrigado a se sujeitar a uma determinada forma de execução reconhecidamente inconstitucional).

Sublinhe-se que STF proferiu uma decisão tecnicamente perfeita e político-criminalmente correta, porque a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos é nada mais nada menos que expressão do Direito penal do inimigo de Jakobs, que sustenta a tese de que alguns criminosos devem ser tratados não como cidadãos, sim, como inimigos. Que o autor de crime hediondo seja tratado de modo diferente e com mais rigor é razoável, mas nem ele nem ninguém pode ser tratado como inimigo.

De qualquer maneira, a pergunta que todos estão formulando agora é a seguinte: é justo que, nos crimes hediondos, verdadeiramente hediondos, o condenado cumpra somente um sexto da pena para o efeito da progressão de regime? Não seria o caso de se distinguir alguns crimes, exigir um pouco mais de cumprimento efetivo da pena (um terço ou metade, conforme o crime hediondo seja ou não violento), para só depois autorizar a progressão? Com a palavra o legislador brasileiro.

De qualquer modo, mesmo que ele venha a disciplinar essa matéria de forma mais rigorosa, sua nova legislação não vai poder retroagir. Isso significa, na prática, o seguinte: todos os condenados por crimes hediondos podem postular ao juízo respectivo a progressão de regime, desde que presentes dois requisitos: cumprimento de um sexto da pena e bom comportamento carcerário. Recorde-se que o exame criminológico que era necessário para o efeito da progressão já não é exigido pela lei brasileira. A exigência desse exame constitui hoje ilegalidade patente.

A lei dos crimes hediondos proibia a progressão de regime de modo peremptório e geral e, formalmente, não abria nenhuma exceção. Isso era muito rigoroso e era injusto em muitos casos. A partir da decisão do Pleno do STF (HC 82.959) o juiz pode conceder a progressão do regime em alguns casos concretos. Isso significa, na prática, conferir ao juiz muito mais responsabilidade, colocando fim à figura do "juiz carimbador", que só tinha o trabalho de dizer: "crime hediondo, regime fechado". Finalmente e felizmente começa a agonizar esse tipo de magistrado "despachante". No Estado constitucional e democrático de Direito só existe espaço para um tipo de juiz: o que dá a cada um o que é seu, fundamentando todas as suas decisões, tendo por base a constitucionalidade, legalidade e razoabilidade. Inclusive no âmbito criminal, estamos começando a ver o fim do juiz burocrata, guiado por "automatismos".

A decisão ora em consideração, de outro lado, não significa que o STF "abriu as portas das cadeias", para colocar na rua milhares de criminosos hediondos etc. A lei dos crimes hediondos continua, no mais, em vigor e a análise de cada progressão caberá ao juiz. Mas é certo todo ordenamento jurídico necessita de instrumentos que permitam ao juiz fazer justiça em cada caso concreto. Isso é fruto do princípio da razoabilidade que, apesar dos retrocessos, acompanha a constante e vitoriosa evolução da humanidade.

Luiz Flávio Gomes

*Diretor geral dos cursos de Especialização TeleVirtuais da LFG. Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri (2001). Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP (1989). Professor de Direito Penal e Processo Penal em vários cursos de Pós-Graduação no Brasil e no exterior, dentre eles da Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina. Professor Honorário da Faculdade de Direito da Universidad Católica de Santa Maria, Arequipa, Peru. Promotor de Justiça em São Paulo (1980-1983). Juiz de Direito em São Paulo (1983-1998). Advogado (1999-2001). Individual expert observer do X Congresso da ONU, em Viena (2000). Membro e Consultor da Delegação brasileira no 10º Período de Sessões da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Penal da ONU, em Viena (2001).*

(Fonte: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8181/stf-admite-progressao-de-regime-nos-crimes-hediondos>, data de acesso: 09/03/2011)

## 5 - Direito Constitucional

### Leis inconstitucionais ainda constitucionais?

Autor: Ricardo Ribeiro Campos

#### Resumo

Afirma ter a doutrina pátria sempre se orientado no sentido de que lei inconstitucional é ato nulo. Aduz que compete ao juiz declarar essa nulidade e deixar de

aplicar a referida lei à situação concreta, no sentido de impedi-la de produzir quaisquer efeitos.

Demonstra, no entanto, existir a necessidade de maior flexibilização das decisões no âmbito da jurisdição constitucional, tendência concretizada em diversos países, onde se atribui aos tribunais constitucionais uma margem de discricionariedade para manipularem a eficácia da decisão de inconstitucionalidade e possibilitarem, assim, que normas inconstitucionais produzam alguns efeitos.

Sustenta que a Lei n. 9.868/99, que permite a restrição das decisões de inconstitucionalidade, quanto aos seus efeitos e eficácia, engendra muitos questionamentos sobre o alcance e a validade dessa mudança, pois viola o princípio constitucional que veda a delegação de atribuições de um Poder a outro.

## Palavras-Chave

*Inconstitucionalidade – lei, decisão; Lei n. 9.868/99; Direito comparado; controle jurisdicional de constitucionalidade; constitucional – tribunal, corte, princípio; norma infraconstitucional.*

### 1 Introdução

Certa vez, abonou Pontes de Miranda que um dos problemas de mais relevo prático e mais elegante que se possa encontrar, hoje, em direito constitucional é o da concepção da natureza da sentença sobre anticonstitucionalidade da lei no tocante à sua eficácia<sup>1</sup>. Essa frase, longe de estar desatualizada, representa primorosa advertência a indicar a importância do estudo da eficácia das decisões de inconstitucionalidade para os aplicadores do Direito, seja pelas questões jurídicas que o tema suscita, seja pela grande repercussão social que possui a jurisdição constitucional.

Se é certo que, dentro de uma lógica formal, as decisões de inconstitucionalidade tradicionalmente negavam a possibilidade de leis tidas por contrárias ao texto constitucional produzirem quaisquer efeitos, observa-se, atualmente, uma tendência em vários países de mitigar essa solução. Atendendo a que o Direito não é simples norma, mas também é fato e valor, confere-se aos tribunais constitucionais uma pequena margem de discricionariedade para ponderarem esses elementos e manipularem a eficácia da decisão de inconstitucionalidade, possibilitando que normas inconstitucionais produzam alguns efeitos. Em novembro de 1999, entrou em vigor a Lei n. 9.868, permitindo que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Trata-se de dispositivo que representa profunda inovação na jurisdição constitucional pátria e engendra, de conseguinte, muitos questionamentos sobre o alcance e a validade de tal alteração.

O título deste estudo não sem razão foi inspirado na célebre monografia de Otto Bachof, “Normas constitucionais inconstitucionais?”, em que o jurista alemão perscrutou a possibilidade de uma norma constitucional ser tida como inconstitucional. Faz-se aqui como que um caminho inverso, ou seja, analisa-se a possibilidade de uma lei inconstitucional ainda assim produzir efeitos próprios de uma lei constitucional. Podem existir leis inconstitucionais ainda constitucionais?

## 2 Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Direito Comparado

O controle jurisdicional de constitucionalidade de atos normativos é fenômeno que historicamente remonta ao surgimento de constituições escritas. Isso não implica, todavia, haver uma relação necessária de interdependência entre ambos os institutos, pois a existência de um texto constitucional nem sempre acarreta a admissão da revisão judicial das leis. Observa Bernard Schwartz que a rejeição da doutrina da supremacia legislativa, nos Estados Unidos, não resultou simplesmente do ato de possuir uma Constituição escrita. As leis orgânicas escritas dos países europeus, como a França, por si mesmas, não têm interferido na supremacia prática de suas legislaturas. 2. Destaca-se que a técnica de estabelecer em um documento normas constitucionais foi um dos fatores que possibilitou a afirmação da idéia de sua superioridade. Como pondera Afonso Arinos de Melo Franco, uma das conseqüências principais da Constituição escrita é a sua supremacia jurídica sobre toda a legislação ordinária 3. O estabelecimento de constituições escritas, o desenvolvimento da idéia de poder constituinte. 4, principalmente a partir da obra de Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, e a concepção de superioridade do Direito Natural, cunhada por Edward Coke e John Locke. 5, propiciaram as premissas necessárias ao surgimento, nos Estados Unidos da América, da doutrina do controle jurisdicional das leis.

Alexander Hamilton, em “o Federalista”, já antecipava pensamento que posteriormente viria a ser adotado na Suprema Corte: Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes.

Em conseqüência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes. 6. John Marshall, Presidente da Suprema Corte americana, no célebre caso *Marbury v. Madison*, em 1803, aplicou o raciocínio antes exposto:

É evidente a atribuição e de ver do Poder Judiciário de dizer o direito. E aqueles a quem compete aplicar uma regra a casos concretos devem, necessariamente, interpretar esta regra. Se duas leis conflitarem entre si, os tribunais devem decidir sobre a incidência de cada uma.

Então, se uma lei estiver em oposição à constituição; se ambas se aplicarem a um determinado caso, exigindo que o tribunal decida ou de acordo com a lei, sem atenção à constituição, ou na conformidade da constituição, sem atenção à lei, cabe ao tribunal determinar qual destas regras conflitantes se aplica ao caso.

Esta é a essência da função judicial. Se, então, os tribunais devem observar a Constituição e a Constituição é superior a qualquer lei ordinária emanada do Legislativo, a constituição, e não a lei ordinária, é que deve reger o caso ao qual ambas se aplicam. (...)

Assim, a particular fraseologia da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que toda lei contrastante com a constituição é nula<sup>7</sup>.

Essa decisão, além de assinalar que o Judiciário tem o dever de conferir supremacia ao texto constitucional quando em conflito com leis ordinárias, estabeleceu que esse conflito acarreta a nulidade do ato legislativo, na concepção tradicional do Direito Privado segundo a qual *quod nullum est, nullum producit effectum*. Caberia,

pois, a qualquer juiz, ao reconhecer a contrariedade de uma lei ao texto constitucional, negar-lhe aplicação e, em consequência, a produção de qualquer efeito por parte de tal norma (efeito *ex tunc*). Assim, por exemplo, no caso *Norton v. Shelby County*, enfatizou-se que uma lei inconstitucional não é lei; não confere qualquer direito nem impõe obrigações; não assegura nenhuma proteção; é ineficaz como se nunca houvesse existido<sup>8</sup>. Também Thomas Cooley observou que o Judiciário, tendo de decidir qual a lei que deve ser aplicada em determinada controvérsia, pode encontrar a vontade do Poder Legislativo, conforme é expresso em lei, em conflito com a vontade do povo em conformidade do expresso na Constituição, e as duas se não puderem conciliar. Neste caso, como o Poder Legislativo é o conferido pela Constituição, é claro que o poder delegado foi o que se excedeu; que o mandatário não se manteve dentro da órbita do mandato. O excesso, por conseguinte, é nulo e é dever do tribunal reconhecer e fazer efetiva a Constituição como o direito primordial, e recusar-se a dar execução ao ato legislativo, e assim o anular na prática<sup>9</sup>.

*R. CEJ, Brasília, n. 25, p. 85-96, abr./jun. 2004 - P. 86 A 96*

(Fonte: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo13.pdf>, data de acesso: 09/03/2011)

## 6 - O Dogma da Nulidade da Lei Inconstitucional e os problemas intertemporais no controle concentrado de Constitucionalidade

Revista Artigo Elaborado em 03/2006.  
Andrei Lapa de Barros Correia

### Brevíssima Introdução

O ato normativo incompatível com a constituição é, em regra, nulo, o que significa que não terá gerado efeitos. Essa é a doutrina oriunda de casos inaugurais de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América, onde o mecanismo desenvolveu-se a partir do modelo difuso, pelo qual todo juiz pode declarar a inconstitucionalidade e a decisão final cabe à Suprema Corte.

O modelo adotado no Brasil, inobstante a coexistência das formas difusa e concentrada de controle de constitucionalidade, sofreu forte influência da experiência norte-americana. Estabeleceu-se, então, o dogma da nulidade absoluta da norma inconstitucional, que seria inapta para gerar efeitos válidos.

A tese da nulidade, em termos absolutos, vem sofrendo restrições e passando por modificações que a coloquem mais de acordo com as consequências advindas do controle concentrado de constitucionalidade, com análise abstrata. Um estudo despido de preconceitos dogmáticos permite constatar que a flexibilização da nulidade absoluta é plenamente defensável do ponto de vista da lógica do sistema jurídico, tendo sido inequivocamente adotada no direito brasileiro, a partir das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99.

Então, chega-se às três idéias centrais deste artigo – adiante abordadas como antecedentes da sucinta conclusão – que são a supremacia da constituição, a anulabilidade da norma inconstitucional e a constitucionalização superveniente.

### Supremacia da Constituição

O ordenamento jurídico, entendido como conjunto articulado de normas adotadas em certo âmbito territorial, tem configuração hierarquizada. Implica que uma determinada camada normativa tem sua validade aferida a partir de sua conformidade

com as camadas superiores. Chega-se, então, à necessidade conceitual de uma norma fundamentadora de validade de todas as outras, o que, por seu turno, significa a superioridade e maior grau de generalidade dessa norma.

Como tipo normativo fundante e dotado do maior grau de generalidade, a constituição é o paradigma de comparação de validade para todas as demais espécies normativas possíveis em certo ordenamento. Em curtas palavras, significa que outras normas não devem conflitar com a constituição, porque retiram dela seu último fundamento de validade.

A supremacia constitucional adquire mais importância nos sistemas com alguma rigidez, ou seja, naqueles dotados de regras mais rígidas para alterações constitucionais que aquelas prescritas para a feitura de leis ordinárias. E, principalmente, naqueles em que há um conteúdo que se diz imutável sem rompimento da ordem vigente, chamado de núcleo intangível, onde estariam as cláusulas pétreas.

Com efeito, o conceito de constituição demanda intrinsecamente uma certa rigidez, sob pena de não se ter propriamente uma norma superior que possa servir de paradigma de aferição de validade de outras. Se todo o ordenamento jurídico positivo se fizesse de normas do mesmo nível, sujeitas todas elas às mesmas regras de processo legislativo, não se poderia falar de controle de constitucionalidade.

Enfim, a supremacia constitucional pressupõe um grau maior de dificuldade formal na elaboração da norma superior e uma reserva material, pelo que se pode exigir das normas hierarquicamente inferiores conformidade àquela. Logicamente, não se poderia falar em uma espécie normativa buscar seu fundamento em outra do mesmo grau.

O controle de constitucionalidade dos atos normativos, então, é uma garantia do próprio ordenamento jurídico, na medida em que se defende a supremacia da constituição como fundamento último de validade do restante das espécies normativas.

### **A Nulidade absoluta da norma declarada inconstitucional**

A partir da experiência norte-americana, criou-se e difundiu-se a doutrina da nulidade do ato normativo inconstitucional. No modelo adotado nos EUA, com predominância do controle difuso, a inconstitucionalidade pode ser declarada por qualquer juiz que se lhe depare, na apreciação de uma lide intersubjetiva.

A nota da predominância do controle incidental nos EUA permite entrever uma facilidade para a consagração da tese da nulidade da norma inconstitucional, sempre com total retroação de efeitos. Tratando-se de decisão proferida em processo concreto entre partes, a nulidade tem campo de efeitos bastante limitado em comparação com o ocorrido na declaração emanada de controle abstrato, com subtração retroativa da norma do ordenamento.

O problema da subtração de eventuais efeitos e desfazimento de situações jurídicas constituídas, em decorrência da inconstitucionalidade declarada incidentalmente, é muito menos drástico entre partes, ensejando recomposições mais fáceis de se fazerem.

Ao se tentar a utilização plena da tese da nulidade em controle abstrato de constitucionalidade, surgem vários problemas, alguns de ordem lógica, alguns de ordem prática. Inobstante os problemas propriamente fáticos chamem mais atenção e sejam de mais evidente percepção, a tese da nulidade não pode ser encarada como imperativo lógico.

A nulidade absoluta não é uma categoria lógica válida sob a ótica jurídica, mormente se a considerarmos como inaptidão para geração de efeitos. Inapta a gerar efeitos é apenas a lei que nunca se aplicou. Caso se tenha aplicado, efeitos foram gerados, ainda que a lei seja inconstitucional.

Embora alguns pretendam distinguir, predomina a noção de que a nulidade se assemelharia à inexistência, o que ensejaria a falta de validade de tudo aquilo que se praticou a partir da norma inconstitucional que, segundo a tese, nunca chegou a existir. Aí está o cerne da questão: a norma inconstitucional supõe-se que nunca existiu porque, desconforme à constituição, dela não retira validade.

A pretensa inexistência da norma constitucional não resiste à constatação simples de que dela surtem efeitos. Por outro lado, não se admitem efeitos sem causas antecedentes e a lei inconstitucional nessa hipótese é a causa. Ora, pode-se dizer que tais efeitos, originados pela aplicação de norma inconstitucional, são indesejados ou que devem ser revistos na medida das possibilidades de recomposição, mas não se poderá dizer que não ocorreram ou que não tiveram causa.

A única saída para total defesa da tese da nulidade, com manutenção da coerência lógica, seria a negativa dos efeitos da norma inconstitucional e, conseqüentemente, da possibilidade de qualquer reparação ou recomposição das situações constituídas.

Seria necessário admitir-se, por exemplo, que pagamentos de supostos tributos instituídos por lei inconstitucional não seriam passíveis de repetição porque, inexistente a causa, inexistentes os efeitos.

Não se mostra possível a desconsideração pura e simples de todos os efeitos do ato normativo inconstitucional, principalmente considerando-se que não se poderia exigir de todos aqueles que tiveram situações jurídicas constituídas que analisassem a constitucionalidade da norma.

Com efeito, a norma edita-se munida de presunção de constitucionalidade, até porque emana – no caso emblemático da lei ordinária – do poder a quem se conferiu a atividade soberana de legislar. Ademais, completa-se o processo legislativo com a sanção do Presidente da República, que poderia apor vetos por inconstitucionalidade. Por tais razões, passa a ser aplicada, gerando alterações nas situações jurídicas dos mais diversos sujeitos que se encontrem de alguma forma sob suas prescrições.

Para que se respeitem, tanto a lógica formal, quanto as situações constituídas, deve-se admitir que a inconstitucionalidade gera anulabilidade, ao invés de nulidade. Tal abordagem está plenamente consagrada nas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, cujos artigos 27 e 11, respectivamente, prevêm a chamada manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Os dispositivos mencionados acima deram uma solução elegante ao problema, na medida em que se manteve grande cuidado terminológico. Fala-se em restrição de efeitos da declaração ou fixação de momento de eficácia da decisão. A defesa da segurança jurídica ou do excepcional interesse social é o antecedente necessário da manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A possibilidade de se afastarem os efeitos clássicos da nulidade visando-se a proteger interesses que podem ser maiores é suficiente para concluir-se que a nulidade não é absoluta. Trata-se, a toda evidência, de anulabilidade, porque não se manipulam nulidades absolutas.

A possibilidade aberta pelas normas mencionadas deixa claro que na esfera do direito, principalmente no âmbito da atividade legislativa negativa, como é o controle abstrato de constitucionalidade, tudo remeterá, em última análise, a uma comparação axiológica. Trata-se, enfim, de fazer opção de predomínio de um ou outro princípio.

Na verdade, o âmbito dogmático quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em controle abstrato encontra-se restrito à sua eficácia contra todos e ao efeito vinculante relativamente ao judiciário e à administração.

### Constitucionalização Superveniente

As conclusões que se podem extrair de quanto foi dito anteriormente, levam, de passagem, ao tema da constitucionalização superveniente. Exatamente por conta da anulabilidade da norma inconstitucional, deve-se considerar que a realização do controle abstrato de constitucionalidade somente se pode fazer a partir de paradigma atual e contemporâneo.

A mutação constitucional pode acarretar a constitucionalização superveniente da lei outrora desconforme à carta política. Com efeito, se tal norma não fora extirpada do ordenamento por força de declaração de inconstitucionalidade – com os efeitos de regra a ela atribuídos – é certo que sua presunção de constitucionalidade permaneceu inabalada.

Permanecerá ainda presumivelmente constitucional a norma que, ainda que declarada inconstitucional em julgamento de recurso extraordinário no STF, não tenha sua execução suspensa por resolução do Senado Federal. O mecanismo preserva o sistema de incoerências maiores, na medida em que se demanda a atuação da Casa da Federação para a extirpação da norma cujo controle deu-se de forma definitiva pela via de incidente.

Então, sem a declaração proferida em ADIn ou ADC, a lei permanece válida e aplicável, inobstante quaisquer controvérsias que se ponha acerca de sua constitucionalidade, mesmo que se tenha decidido incidentalmente por sua inconstitucionalidade. A partir dessas premissas, põe-se o problema da alteração do texto constitucional naquilo com que a norma inferior conflitava.

A conclusão é que, se a norma se conforma ao novo texto constitucional, terá havido sua constitucionalização superveniente à sua edição. Se se decompuserem os elementos presentes à proposição da tese da constitucionalização superveniente, concluir-se-á pela sua validade, conforme adiante se faz.

Admita-se, à título de exemplo, uma lei que foi incidentalmente declarada inconstitucional, em decisão final de recurso extraordinário. Deixou, portanto, de ser aplicável entre os litigantes, mas permaneceu válida nas outras relações jurídicas a ela submetidas.

Posteriormente, faz-se emenda à constituição, alterando-se a norma com que a lei conflitava. Desta feita, de acordo ao novo molde constitucional, não se vêem incompatibilidades. Por fim, após a emenda, propõe-se uma ação direta de inconstitucionalidade da referida lei.

Se a emenda suprimiu a norma constitucional com que a lei conflitava, anteriormente, temos aí efeitos semelhantes aos de uma revogação, ou seja, não se aplica mais, nem serve mais como parâmetro de controle. O controle se realizará a partir da conformidade, ou não, com a nova disposição constitucional relativa à matéria. Se se

constata que a lei não agride a norma resultante da emenda, impõe-se concluir que é constitucional.

Caso se adotasse o dogma inflexível da nulidade absoluta este controle de constitucionalidade seria impossível, porque seria necessário admitir que a lei já era nula. Mas, tal singela solução deixaria a decisão na suposta ADIn em aberto, o que se afigura inviável.

Inviável também seria o julgamento a partir da norma constitucional já superada, ou seja, confrontando a lei com o paradigma contemporâneo à sua edição. Não se afere validade de uma lei a partir de um parâmetro inexistente e, portanto, inválido ele mesmo. O controle de constitucionalidade faz-se perante a norma constitucional contemporânea à propositura da aferição de constitucionalidade, senão sua inutilidade seria flagrante.

Acontecendo a constitucionalização superveniente da lei, resta somente a possibilidade de sua impugnação, por inconstitucional no momento de sua edição, mediante argüição incidental no bojo de uma lide concreta entre partes. Abstratamente, somente se poderá utilizar a nova redação da constituição.

### Conclusões

A lei editada em desconformidade a seu fundamento de validade constitucional contemporâneo é anulável, seja entre partes, seja considerada abstratamente, como parte do ordenamento jurídico.

Nesse último caso, o Supremo Tribunal Federal poderá manejar os efeitos cronológicos da impropriamente chamada declaração de inconstitucionalidade. Havendo a possibilidade de tal manejo, que deixa antever verdadeira natureza mista declaratório constitutiva da decisão, conclui-se que não se pode tratar de nulidade absoluta.

Andrei Lapa de Barros Correia

*Procurador federal em Campina Grande (PB), lotado no órgão de arrecadação da Procuradoria Geral da Fazenda*

*Como citar este texto: NBR 6023:2002 ABNT*

*CORREIA, Andrei Lapa de Barros. O dogma da nulidade da lei inconstitucional e os problemas intertemporais no controle concentrado de constitucionalidade. Jus*

*Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em:*

*<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8180>>. Acesso em: 8 mar. 2011.*

*(Fonte: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8180/o-dogma-da-nulidade-da-lei-inconstitucional-e-os-problemas-intertemporais-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>, acesso em 08/03/2011)*

7 - Artigo: Lei da Ficha Limpa é Inconstitucional - Pedro Cardoso da Costa

Ter, 03 de Agosto de 2010 10:36

Quem conhece minimamente qualquer sistema jurídico tem por base que a constituição de um país é a sua lei maior. Isso significa que todas as demais leis devem estar de acordo com os seus conceitos e princípios. Com outras palavras, nenhuma lei de um país tem validade jurídica se contrariar a constituição federal daquele país.

No Brasil, cabe ao Supremo Tribunal Federal declarar se uma lei ou um ato administrativo é inconstitucional, com os efeitos da decisão tendo alcance sobre todos os brasileiros. Existe a possibilidade de um juiz singular reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei num caso concreto. Algumas matérias da nossa Constituição podem ser alteradas por meio de emendas, e em quaisquer hipóteses por

meio de constituição originária. Essa introdução se fez necessária para se chegar à discussão sobre a constitucionalidade ou não da chamada Lei da Ficha Limpa.

Os reiterados atos de corrupção geraram um desgaste generalizado nos políticos nacionais que, diante do clamor popular por ética, aprovaram a chamada Lei da Ficha Limpa, a lei complementar 135/2010. O ponto de maior destaque ficou por conta da proibição das pessoas se candidatarem quando tiverem sido condenadas por órgãos colegiados. De acordo com o sistema jurídico brasileiro, esses órgãos só existem a partir da Segunda Instância e pode chegar a três ou quatro.

Ocorre que a lei não exigiu a condenação com trânsito em julgado para que a pessoa ficasse impossibilitada de se candidatar. Uma decisão transitada em julgado quando não cabe mais recurso a outra instância. Grosso modo, este é o conceito de trânsito em julgado.

Como é pacífico que uma lei não tem valor jurídico se contrariar a Constituição federal, transcrevo os trechos de ambas sobre a vedação aos candidatos condenados. Prescreve a Constituição Federal, artigo 15, III: “É vedada a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.

Já a referida lei complementar dispõe em seu artigo 2º, d: “os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;”.

A Constituição federal explicita a necessidade de trânsito em julgado de qualquer condenação. Da mesma forma a lei é cristalina em afirmar que basta uma condenação de órgão colegiado, transitada em julgado ou não. Essa lei, neste ponto, está de acordo com a norma constitucional?

Quando sentir necessidade de mudança, cabe à população brasileira exigir dos seus congressistas que alterem a Constituição para adequá-la aos valores desejáveis, mas a Suprema Corte do país não deve atuar como se estivesse na apresentação de um programa televisivo de auditório, fazendo de tudo para agradar seu público.

No meu ponto de vista, o Supremo Tribunal Federal só pode declará-la constitucional por meio de uma “masturbação” jurisdicional, pois essa lei é flagrantemente inconstitucional.

(\*) Pedro Cardoso da Costa é Bel em Direito de Interlagos-SP

(Fonte: <http://www.roraimaemfoco.com/colunistas/opinimainmenu-50/17452-artigo-lei-da-ficha-limpa-e-inconstitucional-pedro-cardoso-da-costa.html>)

## **8 - Artigos, Pareceres, Memoriais e Petições**

### **A Viabilidade da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei no Período da "Vacatio Legis"**

Alexandre Sturion de Paula  
pós-graduando em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina-UEL  
E-mail: [sturion.jus@bol.com.br](mailto:sturion.jus@bol.com.br)

A Constituição apresenta-se como norma essencial, viga mestra para o ordenamento jurídico pátrio impondo diretrizes para a fiel observância dos Três Poderes, assim como, direitos e garantias fundamentais para os brasileiros e estrangeiros domiciliados no país, além de organizar uma série de sistemas e funções do Estado.

Amparado nesta Norma Fundamental, o Poder Legiferante cria novas leis, infraconstitucionais, para melhor cumprir as diretrizes apresentadas pela Constituição, buscando na teoria a concreta realização da satisfação do interesse público. Assim, segundo Clève (1995, p. 30), haverá uma lei inconstitucional quando houver uma "incompatibilidade resultante de contradição ou contrariedade entre conteúdos normativos (legal e constitucional)", bem como "a proveniente da desconformidade entre procedimento de produção normativa (legislativa) e conteúdo normativo (constitucional)".

Significa dizer que, uma lei infraconstitucional, não pode se direcionar contra as diretrizes e os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição, em especial os expressos em clausula petrea, pois ter-se-ão como materialmente inconstitucionais, uma vez atentarem contra a Lei Maior da Nação, considerada como a essência da vontade da população, representada pelos Constituintes.

Há de se salientar que a inconstitucionalidade também pode se dar no seu aspecto formal, ou seja, decorrente de um vício no processo de elaboração de uma lei. Entendemos, que a inconstitucionalidade formal é uma espécie do gênero material, visto que, se a Constituição, essência da vontade popular, disciplina o processo de elaboração de uma lei, do seu projeto até a publicação, qualquer vício neste interregno também será, por certo, uma inconstitucionalidade material, pois contraria o modo 'correto' (procedimento) de elaboração para aquela determinada legislação, ferindo a vontade da Nação.

Bem sabemos que uma lei, via de regra, não passa a vigor no ato de sua publicação, mas sim segundo o disposto no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que apresenta o período compreendido entre a publicação e a entrada em vigor da lei, que é de 45 dias no território nacional e de 3 meses (§1º do art. 1º) nos Estados estrangeiros, salvo diversa estipulação dada pelo legislador, como é o caso da vacância anual das leis orçamentárias.

Deste modo, um projeto de lei permeará todo o processo legislativo, passando pela iniciativa, discussão, deliberação e promulgação, até culminar na publicação. Nesta o texto da lei disporá o período da *vacatio legis*, conforme regra mencionada acima. Neste interregno, a lei que será revogada, perdurará até o término do período de vacância e da conseqüente vigência da nova lei.

No período de *vacatio legis* a lei poderá passar por correção, via erratum, podendo o magistrado corrigir, *ex auctoritate*, erros materiais e evidentes, geralmente tipográficos, segundo critérios de interpretação da aplicação da lei. Havendo, no entanto, erro substancial, que altere o sentido da lei, deverá haver nova publicação da lei com as devidas correções, iniciando-se novo prazo, como se fosse a primeira publicação daquela lei, exceto se apenas parte da lei for retificada, onde o prazo recomeçará a fluir tão-somente àquela parte corrigida.

É de se observar, porém, que a LICC não transpareceu outra possibilidade além da correção do texto da lei. Assim, se o texto ultrapassar a *vacatio legis* e contiver erros gráficos, presumir-se-á válida e constitucional, obrigando aos contemplados por ela a direitos e deveres nela contidos, ainda que com mazelas ortográficas. Indagação maior,

porém, consiste em saber qual o procedimento a ser tomado quando a lei em *vacatio legis* contiver em seu bojo matéria que avilte direitos fundamentais, isto é, deverá ser aguardado o prazo de vacância para então impetrar uma ADIn, deixando neste interregno a lei alastrar a sua prejudicialidade contra a Constituição e aos direitos subjetivos dos cidadãos?

Pertinente a lição de Eduardo Couture, adotada como o 4º Mandamento do Advogado: "Teu dever é lutar pelo direito; porém quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça". Esta é a máxima que deveria colmatar a lacuna existente na LICC, na doutrina e na jurisprudência pátria no que se refere à admissibilidade de propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade no período da *vacatio legis*.

Embora a temática caminhe tenuamente entre o dogmatismo jurídico e o conceito do que é justo, não podemos transformar princípios e garantias constitucionais em mero escrito num "pedaço de papel", como induziria Lassale. Significa dizer que embora haja uma omissão legal quanto a tal admissibilidade, o magistrado deve atender o que a Justiça determina, e não o que o perene dogmatismo incita ser aplicável.

O direito adquirido, a proteção à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade e à imagem, de propriedade, de liberdade de locomoção, de informação, de associação e acesso à justiça; além da isonomia, do direito à herança, do devido processo legal, de ser julgado por uma autoridade competente, além dos princípios decorrentes de direitos e garantias previstos em Tratados e Convenções Internacionais, não podem ser aviltados por uma legislação inconstitucional que passará a vigor ao término da *vacatio legis*, produzindo, doravante, horrendos malefícios à sociedade e igualmente à Constituição, sem que se permita, através da ADIn, uma drástica interrupção destes potentes efeitos quando ainda em sua nascente, isto é, antes de produzir efeitos, embora já no "mundo jurídico".

Relevante o ensinamento de Dinamarco (1987, p. 279) quando afirma que "em casos de formar-se um valo entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar". O artigo 102, I, p, da Lex Fundamentalis admite medida cautelar em ADIn, exigindo, para a instauração do controle jurisdicional concentrado, que traduz provimento cautelar de caráter excepcional, a necessária e cumulativa satisfação de certos requisitos, que se expressam: (a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni juris*); (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*); (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados, conforme exigências observáveis desde a ADIn n.º 89, STF, Rel. Min. Celso de Mello. Sessão: TP - Tribunal Pleno, j. 10.11.89.

Nota-se que as exigências referem-se à concessão de medida liminar após a vigência da lei inconstitucional, onde já há a produção de seus efeitos, buscando-se, com a medida cautelar, a suspensão de tais efeitos. Entendemos, no entanto, pelo cabimento da declaração de inconstitucionalidade da lei ainda no período de *vacatio legis*, por ilógico admitir-se que a lei inconstitucional extinga, modifique ou crie direitos e deveres, afetando a ordem social e a Constituição, quando poderia haver a anulação (segundo Kelsen) ou mesmo a nulidade (segundo Marshall) antes que produzisse efeitos, isto é, quando de sua 'raiz'.

O artigo 1º da Constituição Cidadã, em seu inciso III, apresenta a "dignidade da pessoa humana" como um dos fundamentos do Estado "democrático de direito" do qual

se constitui nossa República. No artigo 3º, os incisos I e IV, afirmam que a construção de uma sociedade "justa" e a promoção do "bem de todos" constituem os objetivos fundamentais do Brasil. O artigo 5º elenca um rol de direitos e garantias, que junto do inciso IV, §4º do artigo 60 da Lex Legum, formam as clausulas pétreas. Significa dizer que tais disposições formam suficiente amparo constitucional para justificar a declaração de inconstitucionalidade de lei, através de ADIn, quando esta ainda estiver em vacatio legis.

Há de se priorizar o interesse coletivo e, inclusive, o interesse privado quando diante da existência no "mundo jurídico", posto que a inconstitucionalidade da lei em vacatio legis não produzirá eficácia, embora possa vigor. Ressalte-se que não se cogita aqui da invocação de apresentar uma axiologia tal que motive o desrespeito ao ordenamento jurídico ou mesmo às tramitações legislativas próprias para a elaboração da lei questionada, em prol de benefícios coletivos ou privados, mas sim, de uma operacionalização jurídica mais sensata e racional, que fomente se não o bloqueio, ao menos a amenização das conseqüências que a legislação inconstitucional possa provocar no seio da sociedade.

Destarte, concluí-se que, pela análise jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal têm apresentado considerável atendimento em ações direta de inconstitucionalidade, admitindo-se a agilização da suspensão dos efeitos de lei inconstitucional por concessão de medidas cautelares. Entretanto, nos parece lícita e viável a admissão do controle de constitucionalidade quando a lei ainda estiver em sua nascente, ou seja, no período da vacatio legis, o que não ensejaria, rigorosamente, num controle preventivo como no direito francês, visto o término do processo de elaboração da lei pelo Poder Legiferante, mas sim a verdadeira segurança jurídica.

#### **Bibliografia.**

- CLÈVE, Clemerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 297p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 279.
- DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 41-63.
- ESPINOLA, Eduardo; e ESPINOLA FILHO, Eduardo. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 3. ed. atualizado. por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 34-53.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Constitucionalidade e a Lei ainda Constitucional. Revista Jurídica Consulex, ano 3, n. 35, nov. 1999.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. O Controle de Constitucionalidade por via de Ação. São Paulo: Angelotti, 1994. 178p.

(Fonte:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_56/artigos/Art\\_Alexandre.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_56/artigos/Art_Alexandre.htm))

## **9 - A Teoria da Inconstitucionalidade Induzida**

Eduardo Appio\*

REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano II - nº 2 34

## Resumo

O texto trata da relação existente entre a política e o direito, a partir do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Com esta abordagem, estabelece, inicialmente, que a justificativa política que garante aos juízes declarar a nulidade de uma lei, quando contrária à Constituição, é de natureza diversa da justificativa política para negar a aplicação da lei federal no caso concreto. No primeiro caso, o controle de constitucionalidade se mostra como um instrumento necessário para garantir a supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais. Já no segundo caso, sustento que o juiz pode deixar de aplicar a lei federal, desde que as particularidades do caso concreto o levem a considerar como injusta a solução judicial. Neste último caso, o juiz poderia criar a regra do caso concreto, a partir da aplicação dos princípios constitucionais. Concluo, dizendo que em muitos casos os juízes declaram a inconstitucionalidade de leis perfeitamente compatíveis com a Constituição.

Esta declaração de inconstitucionalidade é, portanto, artificial e não pode ser considerada como uma verdadeira “questão constitucional”.

## Artigo

Palavras-chave: Estado; Constituição; Poder Judiciário; Controle de Constitucionalidade; Aplicação das leis; Princípios constitucionais; Motivação.

- O autor é juiz federal em Londrina e Doutor em Direito Constitucional pela UFSC.

## Abstract

This text deals with the relationship between the politics and the law, from the approach of constitutionality of Brazilian laws. With this approach, we initially establish that the political justification that guarantees the judges to declare the nullity of a law, when it's against the constitution, is from different nature of the political justification to deny the application of the federal rule in concrete case. In the first case, the control of constitutionality seems to be a necessary tool to guarantee the supremacy of the constitution and the protection of fundamental rights. In the second case, I support that the judge can deny the application of the federal rule, as long as the specific information of the concrete case leads him to consider the judicial solution unfair. In the latter case, the judge could make up the rule of the concrete case, through the application of the constitutional beliefs. I conclude, stating that in many cases the judges declare the unconstitutionality of rules that are perfectly compatible with the Constitution. This declaration of unconstitutionality is therefore,

artificial and cannot be considered as a "real constitutional matter".

Key words: State; Constitution; Judiciary; Constitutional Control; Law Application; Constitutional Principles; Motivation.

*SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Lei e suas Nulidades. 3 O Plano da Aplicação. 4 Conclusões. Referências.*

## 1 Introdução

O Estado contemporâneo pode ser caracterizado pelo marcante papel que as Constituições têm desempenhado na vida de seus cidadãos. A democracia no século XXI já não é mais concebida a partir de um "paradigma liberal", centralizado na lei e nos instrumentos tradicionais de representação popular.

O modelo de democracia concebido pelo movimento iluminista já não representa um marco teórico seguro, uma vez que o Estado contemporâneo tem seu papel definido por princípios constitucionais. Se no modelo liberal, de matriz racionalista, a vontade popular estava erigida à condição de verdadeiro dogma, no modelo contemporâneo de democracia constitucional as decisões judiciais podem derrogar a vontade política do legislador. Neste novo modelo, os juízes estão investidos na função de assegurar a supremacia de princípios constitucionais abertos, os quais se constituem em uma ponte entre a moral e o direito<sup>1</sup>.

A supremacia do texto constitucional foi considerada requisito indispensável de manutenção de um sistema jurídico a partir da obra de Hans Kelsen. Segundo o autor tcheco, as normas de grau inferior iriam buscar na Constituição seu fundamento de validade, no que convencionou denominar "teoria do escalonamento". À Constituição compete definir os mecanismos adequados de produção das normas jurídicas, segundo a concepção de Hans Kelsen.

O modelo positivista de produção do direito vigente buscou respostas nas ciências empíricas, ainda no início do século XX - tais como a física e a química - para problemas até então solucionados pela moral e pela religião<sup>2</sup>. A escola do direito positivo teve o mérito de conferir eficácia a normas jurídicas que eram consideradas meros conselhos ao legislador. Até mesmo as normas que tratavam dos direitos fundamentais não eram consideradas antes dos positivistas como impositivas da vontade do Legislativo.

Com a separação absoluta entre direito e moral, o positivismo sustentava a necessidade de amparar a conduta humana regulada pelo Estado em normas plasmadas por uma verdadeira ciência jurídica<sup>3</sup>. A busca da cientificidade implicou a retirada de uma fundamentação ética na aplicação do direito, dado que conduziu os juristas contemporâneos a repulsa da separação entre o direito e a moral.

*1 Neste sentido, vale o alerta de GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho y Moral. In: GARZÓN VALDÉS, E.; LAPORTA, F. El derecho y la justicia. Madrid: Trotta, 1996, p. 397, no sentido de que mesmo os partidários da separação entre o direito e a moral concordam que os sistemas jurídicos são um reflexo mais ou menos fiel das convicções morais dos que detêm o poder político em uma determinada sociedade. A discussão se centra na possibilidade ou impossibilidade de estabelecer uma relação conceitual entre direito e moral.*

*2 BAPTISTA, O. Processo e Ideologia, p. 303, anota que "a redução do Direito ao 'mundo jurídico' de tal modo que o 'jurídico' isole-se do "político" está centrada neste*

*mesmo objetivo. O Direito, como ciência, deveria ser tratado com a ‘neutralidade’ recomendada para as ciências, sem que os juristas, especialmente o processualistas se pudessem envolver com valores.”*

*3 Sobre o tema KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. Tradução de Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. RT: São Paulo, 2002, p. 59 adverte que pretendia conferir autonomia científica ao direito que como a moral é uma ciência do espírito e, por conseguinte, devem ser diferenciados. Também sobre o importante papel do positivismo na Alemanha ver MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade:*

*o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos, CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento). São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002. Artigo REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano II - nº 2 37*

À superação das concepções positivistas do início do século XX os juristas contemporâneos respondem com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais do cidadão, especialmente da dignidade da pessoa humana. O direito passa a ser concebido como uma escala flexível de valores que demandam a intervenção judicial para sua concretização<sup>4</sup>. Nesse sentido, uma Constituição principiológica autoriza a transferência de um imenso poder político, o qual migra do Poder Legislativo para o Judiciário, através do controle judicial da constitucionalidade das leis<sup>5</sup>.

A prerrogativa de derrogar decisões políticas do Legislativo, amparadas numa suposta vontade popular, rende ensejo a decisões contra-majoritárias de juízes não-eleitos pela população. Ao considerar que uma lei é incompatível com a Constituição, qualquer juiz brasileiro pode negar a sua aplicação para o caso concreto que está sendo submetido ao exame. A lei nula não pode ser aplicada e os juízes estão investidos no poder de negar o exercício de decisões que refletem a vontade das majorias. Nesse sentido, menciona-se que a intervenção judicial contra-majoritária representa um paradoxo da democracia, na medida em que juízes não-eleitos fazem prevalecer, hoje, decisões políticas tomadas por gerações passadas<sup>6</sup>.

O presente artigo tem por objetivo desmascarar um sutil processo de construção de um discurso judicial aparentemente fundado na cientificidade e no modelo de subsunção criado pelo positivismo. Esse processo, supostamente forjado na melhor tradição do constitucionalismo contemporâneo, nada tem de positivista.

Muito pelo contrário, utiliza-se de uma notável conquista da democracia contemporânea – o controle da constitucionalidade das leis – para negar a aplicação de leis que não são incompatíveis com a Constituição brasileira de 1988. A partir de um poder político outorgado pela Constituição, parcela considerável dos juízes brasileiros têm desrespeitado uma garantia constitucional inscrita no art. 93 da Constituição de 1988. Essa regra impõe aos juízes o dever de motivar todas as suas decisões, pena de nulidade, do que resulta a necessidade de explicitação de todos os argumentos que conduziram o julgador à decisão adotada.

*4 Sobre o tema, a obra de ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derecho, justicia. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.*

*5 Escreve sobre o tema no livro Controle de Constitucionalidade no Brasil, de acordo com a Emenda à Constituição n. 45 de 08.12.2004. Juruá: Curitiba, 2005.*

*6 Sobre o tema, duas obras são indispensáveis. GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Presentación de Cass Sunstein.*

Barcelona: Ariel, 1996, menciona de que maneira os juízes têm interferido no modelo de democracia constitucional. Neste mesmo sentido, o importante artigo de PEÑA FREIRE, Antonio Manuel.

Constitucionalismo garantista y democracia. Curitiba. Revista Crítica Jurídica, n. 22, p. 31-65, jul./ dez. 2003. Artigo

REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano II - nº 2 38

É importante sustentar, num primeiro momento, que os juízes brasileiros têm o dever de negar a aplicação de lei inconstitucional e que esta imposição deriva da própria supremacia da Constituição. Trata-se, portanto, de uma prerrogativa política. Num segundo momento, também, é relevante posicionar-se contra a maneira pela qual boa parcela dos juízes brasileiros têm declarado a inconstitucionalidade de leis, com o fito de assegurar sua não-aplicação para o caso concreto, mesmo em casos nos quais consideram esta lei compatível com a Constituição. Esse fenômeno será explicado a partir da confusão gerada pelo tratamento indiscriminado conferido à lei em sua dimensão política, nas hipóteses em que o caso concreto demanda uma resposta correta. Para concluir, mister é sustentar que a lei federal não pode ser aplicada quando o juiz esteja convencido de que sua aplicação, naquele caso concreto, representará verdadeira afronta aos princípios constitucionais prevalentes, mas que este fenômeno não guarda qualquer relação com o ‘controle de constitucionalidade das leis’.

## 2 A lei e suas nulidades

O controle concentrado de constitucionalidade das leis é uma decorrência da adoção, pelo constituinte de 1988, do modelo austríaco, de matriz kelseniana<sup>7</sup>, na medida em que fundado na premissa de que as leis e atos normativos vigentes no país retiram seu fundamento de validade da norma fundamental.

*7 KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 304-305. “Antes de entrar em vigor a Constituição de 1920, as cortes austríacas tinham o poder descontrolar a constitucionalidade das leis apenas no concernente à sua adequada publicação. Contudo, o poder que tinham de se pronunciar acerca da legalidade e, logo, da constitucionalidade dos decretos, não era restringido. Uma revisão judicial da legislação, portanto, só era possível dentro de limites bastante estreitos, e ampliar esta instituição foi um dos objetivos da reforma constitucional de 1920.*

Não se considerou desejável garantir a toda corte se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis.

O perigo, antes mencionado, da falta de uniformidade em questões constitucionais era grande demais, pois na Áustria, bem como em outros países do continente europeu, as autoridades administrativas não tinham o poder de controlar a constitucionalidade das leis, sendo obrigadas, portanto, a aplicar uma lei mesmo que um tribunal, por exemplo, a Suprema Corte, a tivesse declarado inconstitucional.

O fato mais importante, porém, é que na Áustria as decisões da Corte ordinária mais alta – Oberster Gerichtshof, concernentes à constitucionalidade de uma lei ou decreto, não tinham força obrigatória sobre as cortes inferiores. Estas não estavam proibidas de aplicar uma lei que o Oberster Gerichtshof tivesse previamente declarado inconstitucional e, portanto, deixado de aplicar num caso específico. O próprio Oberster Gerichtshof não estava sujeito à norma do stare decisis, de modo que uma lei declarada inconstitucional pela corte num caso específico podia ser declarada constitucional e aplicada noutro por esta mesma corte. Pelas razões expostas, uma centralização da revisão judicial da legislação era altamente desejável no interesse da autoridade da

Constituição. A Constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137-48, estabeleceu tal centralização ao reservar a revisão judicial da legislação a uma corte especial, a assim chamada Corte Constitucional (Verfassungsgerichtshof). Ao mesmo tempo, a Constituição conferiu a essa corte o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional.” Artigo REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano II - nº 2 39

No caso específico dos atos normativos, quando sob o fundamento de regulamentar texto de lei, o administrador desborda dos limites previsto da lei a ser regulamentada, o caso é de ilegalidade (inconstitucionalidade reflexa), passível de análise na via do controle difuso e não de inconstitucionalidade direta<sup>8</sup>

À Constituição cabe definir de que modo as demais normas serão produzidas, de forma que da inobservância dessa regra decorrerá a nulidade da lei ou ato normativo (este último, nos casos em que for deferida autorização para que o chefe do Poder Executivo normatize determinado tema sem a necessidade de edição de uma lei pelo Poder Legislativo<sup>9</sup>

A nulidade é uma sanção decorrente da transposição, por parte do legislador ou do chefe do Poder Executivo<sup>10</sup>, dos limites impostos pelo constituinte<sup>11</sup> O mesmo sucede com o juiz, o administrador público e o particular, os quais estão limitados pelo conteúdo material da Constituição em suas relações.

A retirada da lei/decreto do sistema normativo se dá, basicamente, de duas maneiras. Na primeira modalidade, (i) o juiz declara a nulidade do texto, determinando, por conseguinte, que a lei anterior seja aplicada. Não se trata de um caso de repristinação, na medida em que a lei incompatível com a Constituição é declarada nula e, por conseguinte, não teria produzido qualquer efeito, especialmente a revogação da lei anterior. Numa segunda modalidade, (ii) o juiz mantém o texto de lei na sua literalidade, mas altera seu alcance através da adjudicação de um novo sentido não previsto pelo legislador, mas que se revela necessário para adequar a 8 STF, Pleno, ADI 311 MC / DF -. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento na data de 08-08-1990.

*9 O Pleno do STF, em diversas oportunidades, assentou o entendimento de que não cabe a expedição de ato regulamentar no tocante aos direitos de aplicabilidade imediata. Assim ADI 1.946 – DF, relator Ministro Sydnei Sanches. Publicado no DJ de 14.09.2001.*

*10 CLÈVE, C.. M. A fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.233, recorda, ao tratar dos regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo através de decreto (“art. 84, IV, da CF de 1988 (Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República: IV - V - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”) que “raramente comportam, também, impugnação por via de ação direta de inconstitucionalidade, já que via de regra envolve questão de “ilegalidade” e não de “inconstitucionalidade”. Os regulamentos, todavia, que invadem matéria sob reserva absoluta do legislativo (“reserva qualificada”), estes sim, são impugnáveis, inclusive, pelo controle concentrado, posto envolverem, já, questão constitucional e não meramente legal.”*

*11 CALAMANDREI, Piero. La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. Padova: Dott. A Milani, 1950. “p. 27 sustenta que “como a lei que é para o juiz que deve aplicá-la uma premissa vinculante de sua vontade jurisdicional, a norma constitucional é para o legislador que deve se inspirar nessa premissa vinculante de sua vontade normativa” tradução livre. Artigo*

Lei editada com a Constituição. Trata-se da “interpretação conforme à Constituição”<sup>12</sup>, expressamente prevista na Lei Federal 9.868 de novembro de 1999, a qual regulou o rito das ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Existe, finalmente, uma terceira modalidade de controle, correlata aos casos de omissão do Poder Legislativo, a qual encontra na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção uma resposta adequada por parte do constituinte de 1988. Neste último caso não se trata de retirar do ordenamento uma lei inconstitucional, mas sim, contrariamente, fazer incluir no sistema uma lei/decreto, necessária para a regulação do exercício de um direito fundamental.

Ao atuar em sede de controle da constitucionalidade das leis, o juiz opera no plano político, a partir de considerações de índole geral e objetiva que nada têm a ver com as peculiaridades do caso concreto.

Recorde-se que o Brasil possui um confuso sistema misto, no qual se combinam institutos de controle concentrado (abstrato) da constitucionalidade das leis tais como as ações diretas de inconstitucionalidade – com mecanismos de controle difuso ou concreto, os quais permitam que o juiz declare (incidentalmente) a inconstitucionalidade de uma lei, sempre que necessário ao adequado exame do caso concreto que lhe é submetido.

Em ambos os casos – controle concentrado e difuso – a atividade judicial é essencialmente a mesma, uma vez que avulta de interesse um escopo político, qual seja o de garantir a supremacia da Constituição através da declaração da nulidade da lei inconstitucional.

Nesse sentido, um juiz que declara incidentalmente a inconstitucionalidade de uma determinada lei na comarca de Itajaí-SC, com o objetivo de solucionar um caso concreto, está inserido numa dimensão política tanto quanto um Ministro do Supremo Tribunal em seu gabinete em Brasília. Essa constatação é reforçada pela prerrogativa de o juiz de primeiro grau conhecer de ofício da inconstitucionalidade, já que investido no dever de proteção da Constituição.

<sup>12</sup> Dissertação de Mestrado sobre este tema, escrita pelo autor do trabalho, a qual acabou sendo publicada. APPIO, Eduardo Fernando. A interpretação conforme à Constituição: Instrumentos de tutela judicial dos direitos fundamentais. Juruá: Curitiba: 2002. Nesta dissertação, chega-se à conclusão de que seria lícito ao juiz da causa atuar, inclusive no primeiro grau, como um “legislador positivo”, atividade que não foi concebida originalmente por Hans Kelsen e que muito embora seja formalmente rejeitada pelo Supremo Tribunal no Brasil, tem sido adotada na prática diária da Corte. Artigo

A única diferença entre as duas atividades decorre da consequência jurídica no plano da eficácia da decisão judicial, uma vez que a decisão de um órgão do Supremo Tribunal em sede de controle abstrato tem, como regra geral, efeitos erga omnes (contra todos) ao passo que a decisão do juiz de primeiro grau, no controle concreto, tem efeitos inter partes (entre as partes). Em ambas as situações, o julgador parte de uma questão que se situa no plano abstrato e objetivo, ou seja, da (im) compatibilidade da lei com a Constituição. Nessa tarefa, terá de verificar se as formalidades para a edição da lei foram observadas pelo Poder Legislativo (compatibilidade formal), bem como se o

conteúdo da lei pode ser compatibilizado com a Constituição (compatibilidade material).

É no exame da compatibilidade material da lei com as regras e princípios da Constituição que surgiram as primeiras dificuldades que conduziram os juristas a injustificáveis equívocos. Ocorre que a proteção da supremacia de princípios constitucionais abertos, pouco densificados pelo constituinte - tais como o da isonomia entre os cidadãos - demandava o exame acerca do próprio mérito da opção legislativa. A lei passou a ser examinada através de técnicas que permitiram um aprofundado exame acerca de sua compatibilidade (material) da lei com a Constituição, tais como a proporcionalidade e a razoabilidade da opção legislativa. Na prática, o mérito do ato político passou a ser confrontado a partir da Constituição, do que resultou a substituição da discricionariedade legislativa pela judicial.

Todavia, o controle da constitucionalidade das leis, mesmo quando adote a compatibilidade material como seu critério, não toma em consideração as circunstâncias específicas do caso concreto. Muito ao contrário, analisa esta questão a partir da adequação, necessidade e razoabilidade da medida legislativa, como uma resposta (genérica e abstrata) a necessidades de natureza coletiva<sup>13</sup>.

O controle da constitucionalidade das leis é, por conseguinte, operacionalizado numa dimensão estritamente política, ou seja, como controle de uma decisão do Parlamento que visava atender, de forma genérica e ampla, uma necessidade coletiva. A conclusão necessária é a de que todo controle de constitucionalidade é abstrato, seja no primeiro grau de jurisdição ou mesmo junto ao Supremo Tribunal Federal. O fato de que a decisão do juiz singular é dotada de uma eficácia “interpartes”, enquanto que a decisão do Supremo, em sede de controle abstrato, possui eficácia erga omnes em nada desabona esta conclusão.

*13 Sabe-se, neste sentido, que a lei editada com efeitos concretos assemelha-se a um ato administrativo, o qual pode ser revisado pelo Poder Judiciário. Sobre o tema, a obra de CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart. Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito. 1. ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004. Artigo*

#### **REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano II - nº 2 42**

Note-se, ainda, que mesmo nos casos em que o Supremo Tribunal, em sede de controle abstrato, utiliza-se da “interpretação conforme”, não está no campo da aplicação da lei, a qual demandaria o exame de uma situação concreta, incompatível com o controle abstrato.

“O controle é sempre abstrato”, mesmo quando utilizado pelo juiz singular no caso concreto, do que se deduz que não existe, no Brasil, controle concreto da constitucionalidade das leis. O juiz singular, ao rejeitar a aplicação de uma lei federal, porque incompatível com a Constituição, não pode considerar as peculiaridades do caso concreto, mas tão somente aferir da compatibilidade no plano político (objetivo), assim como faria seu colega no Supremo Tribunal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Note-se, ainda, que em muitas ações o juiz singular declara (incidentalmente) a nulidade da lei com efeitos erga omnes, como, por exemplo, ocorre nas ações coletivas previstas na Lei Federal 7.346/85 (Lei de Ação Civil Pública), quando necessário à solução da lide. À diferença das ações “diretas” de inconstitucionalidade, as ações coletivas não prescindem de uma situação concreta, razão pela qual se fala em controle subjetivo.

A cega reprodução da dogmática tradicional tem levado os juristas brasileiros a considerar que o controle no caso concreto tem uma natureza diversa do controle realizado nas ações diretas de inconstitucionalidade. Bem por isto, os juristas têm dificuldades de compreender as razões que permitem a qualquer juiz singular declarar a nulidade de uma lei com eficácia erga omnes, quando esta competência é atribuída com exclusividade ao Supremo Tribunal (art. 102, I, “a”, da CF de 1988)<sup>14</sup>. É de se afirmar, portanto, que, em ambos os casos, a atividade judicial é essencialmente idêntica, ou seja, ambos realizam um controle em abstrato, para o qual nada contribui o plano da aplicação concreta da lei.

O modelo de controle concreto da constitucionalidade das leis faz parte da tradição brasileira e, somente em 1969, surgiu o controle abstrato no Brasil, seguindo os moldes da construção européia-continental. Contudo não se pode aceitar a adoção do modelo que se constitui na base da prática judicial norte-americana, uma vez que a Suprema Corte dos Estados Unidos é que define onde se encontra uma verdadeira questão constitucional.

*14 Essas dificuldades são compartilhadas, por exemplo, por SCHÄFER, Gilberto. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002. Artigo*

#### **REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano II - nº 2 43**

Parte-se, no sistema norte-americano, da aplicação de uma lei para o caso singular, que faz com que uma das partes se insurja contra sua constitucionalidade, do que resulta que a Suprema Corte cria, através da indução, uma regra genérica e abstrata passível de aplicação para os casos futuros. Nesse modelo, incumbe aos juízes definir, no caso concreto, se o precedente firmado pela Suprema Corte pode ser aplicado em um caso futuro. Desse modelo de criação judicial resulta a necessidade de que o caso futuro seja plenamente compatível com o precedente, ou seja, que as circunstâncias de fato sejam idênticas. Essa dificuldade de ordem prática impõe à Suprema Corte dos Estados Unidos uma severa limitação em sua margem de controle, na medida em que casos que se revelem excepcionais, por conta da particular condição das partes litigantes, não podem ser admitidos como um paradigma seguro para se criar uma regra (abstrata e genérica) para o futuro<sup>15</sup>

No modelo norte-americano, a forma como a lei é aplicada por uma das partes não entra no debate acerca de sua (in) constitucionalidade. O controle é feito no caso concreto, mas a partir de considerações de “ordem abstrata e objetiva”, em face das quais as condições peculiares das partes em nada interferem na decisão judicial. A lei deixará de ser aplicada pelo juiz singular caso se apresente (objetivamente) incompatível com a Constituição. Dessa maneira, invalida-se uma solução legislativa que se mostra objetivamente incompatível com a Constituição, não porque aplicada no caso concreto conduz a uma afronta para com a Constituição, mas sim porque examinada no plano político-abstrato contraria decisões do constituinte.

O controle é, portanto, sempre abstrato, o que muda de um sistema para outro é a forma como a questão chega até a mais alta Corte do país. Prova disso é que o controle (concreto) feito pela Suprema Corte dos Estados Unidos é idêntico ao controle feito pelo juiz singular, mas em ambos os casos a decisão é resultado de uma atividade política, tradicionalmente fundada na idéia de um tratamento isonômico a todos os cidadãos.

Essa questão não está despida de interesse, do ponto de vista prática, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, por parte do juiz singular, permite a interposição do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. Está aí um dos grandes temas tratados na reforma do Poder Judiciário, já que o Supremo Tribunal julga milhares de recursos extraordinários todos os meses do ano. Contudo, sustento que ao julgar a maior parte destes recursos extraordinários, a “Corte Constitucional” brasileira está perdendo seu precioso tempo com 15 No Brasil ter-se-á o mesmo problema com a possibilidade de edição de súmulas vinculantes previstas na reforma do Poder Judiciário aprovada pela EC nº 45 de 08.12.2004. Artigo REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano II - nº 2 44 questões que não se encontram na esfera de sua competência. Sustento que um dos principais motivos do insucesso do Poder Judiciário brasileiro deriva do fato de que doutrina brasileira não consegue definir, com a clareza necessária, o que é uma verdadeira “questão constitucional”.

### 3 O plano da aplicação

As considerações de ordem subjetiva, fundadas nas peculiaridades do caso concreto e na situação particular das partes envolvidas no litígio, situam-se no plano da aplicação da lei e não no plano do controle de constitucionalidade. O plano da aplicação não está situado numa dimensão política, mas sim no plano de uma justificação moral para a solução do caso concreto, que muito se aproxima do conceito aristotélico de equidade<sup>16</sup>. Está, por conseguinte, situado no campo de uma racionalidade prática, para a qual a moral tem uma grande contribuição a prestar, a partir de uma jurisprudência principiológica.

Na definição dos limites da atividade judicial, revela-se importante a distinção estabelecida por Klaus Günther entre os “argumentos de fundamentação e os argumentos de aplicação” numa ética discursiva<sup>17</sup>. Segundo o autor, os argumentos de fundamentação se fundam em critérios universalmente aceitos a partir de uma ótica coletiva-política. Os “argumentos de aplicação”, por sua vez, irão tomar em consideração os dados específicos do caso concreto, do que resulta a necessidade de adequação das normas consideradas válidas às situações contingenciais, tratando-se, por conseguinte, de uma atividade tipicamente judicial.

<sup>16</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Tradução de Mário Kury. Brasília: UnB, 1992.

<sup>17</sup> GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 115

No plano da aplicação, caso o juiz considere que o resultado prático de sua decisão irá afrontar um princípio constitucional que entende prevalente para aquele caso concreto, deverá rejeitar a aplicação desta lei. Com isto, abre-se a possibilidade de aplicar diretamente o princípio constitucional que reputa prevalente, uma vez que os princípios constitucionais não se constituem em meros mandatos de otimização<sup>18</sup>, mas sim em normas que deontologicamente obrigam uma determinada decisão judicial.

Nesse modelo sustentado, o juiz deveria realizar um duplo teste em cada um de seus julgamentos. Num primeiro momento, confrontar-se-ia a lei, em abstrato, com a Constituição (controle de constitucionalidade). Já num segundo momento, tendo chegado à conclusão de que a única lei aplicável é constitucional, partir-se-ia para um exame no plano da aplicação dessa lei. O resultado da aplicação da lei, por sua vez, seria confrontado com os princípios constitucionais que o juiz reputa prevalentes para

aquele caso concreto, a partir de considerações de ordem estritamente subjetiva, ou seja, tomando em consideração apenas a condição das partes envolvidas no litígio.

Esse duplo teste permite distinguir, com clareza, o que é uma verdadeira questão constitucional, já que a opção do juiz pela não-aplicação da lei federal conduz à possibilidade de interposição do recurso especial (art. 105 da CF de 1988) e não do recurso extraordinário. No plano da aplicação, não existem várias respostas corretas, mas sim uma única resposta correta, do que resulta que a única lei aplicável para aquele caso deve ser preliminarmente tida como compatível com a Constituição para só então ser aplicada no caso concreto<sup>19</sup>. No plano da aplicação, caso o juiz considere que o resultado prático de sua decisão irá afrontar um princípio constitucional que entende prevalente para aquele caso concreto, deverá rejeitar a aplicação desta lei. Com isto, abre-se a possibilidade de aplicar diretamente o princípio constitucional que reputa prevalente, uma vez que os princípios constitucionais não se constituem em meros mandatos de otimização<sup>18</sup>, mas sim em normas que deontologicamente obrigam uma determinada decisão judicial.

Nesse modelo sustentado, o juiz deveria realizar um duplo teste em cada um de seus julgamentos. Num primeiro momento, confrontar-se-ia a lei, em abstrato, com a Constituição (controle de constitucionalidade). Já num segundo momento, tendo chegado à conclusão de que a única lei aplicável é constitucional, partir-se-ia para um exame no plano da aplicação dessa lei. O resultado da aplicação da lei, por sua vez, seria confrontado com os princípios constitucionais que o juiz reputa prevalentes para aquele caso concreto, a partir de considerações de ordem estritamente subjetiva, ou seja, tomando em consideração apenas a condição das partes envolvidas no litígio.

Esse duplo teste permite distinguir, com clareza, o que é uma verdadeira questão constitucional, já que a opção do juiz pela não-aplicação da lei federal conduz à possibilidade de interposição do recurso especial (art. 105 da CF de 1988) e não do recurso extraordinário. No plano da aplicação, não existem várias respostas corretas, mas sim uma única resposta correta, do que resulta que a única lei aplicável para aquele caso deve ser preliminarmente tida como compatível com a Constituição para só então ser aplicada no caso concreto<sup>19</sup>. Artigo

*18 Sobre o tema ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89 (tradução livre). Em outra importante passagem de sua obra (p. 86), o autor recorda, ao tratar das diferenças entre regras e princípios, que “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são ‘mandatos de otimização’, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das condições reais como das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos. Em sentido diverso, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio”.*

*19 Sobre o tema DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Néilson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Além de possibilitar a construção de um discurso judicial comprometido com a eficácia dos princípios constitucionais, superando um anêmico discurso da mera subsunção, esta tese permite um maior*

*controle das partes sobre a atividade judicial. A criação da regra para o caso concreto, a partir da aplicação direta de um princípio da Constituição, não guarda qualquer relação com a atividade de controle judicial da constitucionalidade das leis.*

No controle de constitucionalidade, a lei declarada inconstitucionalidade é reputada nula e, por conseguinte, impõe ao juiz que aplique a lei anterior<sup>20</sup>. Na grande maioria dos casos, os juízes brasileiros optam por declarar (incidentalmente) a inconstitucionalidade de uma lei que sabem ser compatível com a Constituição.

Rejeitam, todavia, os resultados práticos que essa lei irá produzir naquele caso concreto, pois a condição pessoal das partes também deve ser examinada, especialmente a partir do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>21</sup>. Ao invés de rejeitar a aplicação da lei (constitucional) naquele caso concreto, optam pela solução mais fácil, qual seja, a da declaração incidental da inconstitucionalidade da lei federal. Com isto, acabam alimentando um sistema irracional que não distingue as questões verdadeiramente constitucionais – que renderiam ensejo à interposição do recurso extraordinário – das demais questões situadas no campo da mera (não) aplicação da lei federal, que possibilita o acesso ao recurso especial perante o STJ (Superior Tribunal de Justiça).

A negação de aplicação de lei federal não é, portanto, uma questão constitucional. Os juízes, portanto, induzem artificialmente um “juízo de inconstitucionalidade”, ao invés de negarem a aplicação da lei federal, porque acostumados a uma lógica que deriva de sua formação positivista (lógica da subsunção automática). Artigo

*20 No controle incidental da constitucionalidade das leis, muitos juízes acabam aplicando diretamente um princípio constitucional, olvidando que a declaração de nulidade (inconstitucionalidade) da lei posterior implica a aplicação da lei anterior, tida como revogada.*

*21 Sobre o tema, SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.*

#### 4 Conclusões

1. O controle de constitucionalidade das leis é sempre abstrato e pode ser levado a efeito na via principal ou incidental. No primeiro caso, a eficácia da decisão é erga omnes e no segundo inter partes.
2. O controle de constitucionalidade está situado numa dimensão política e coletiva, o da aplicação numa dimensão prática e subjetiva.
3. Ao negar aplicação de uma lei federal, o juiz não está realizando controle de constitucionalidade. Não estando presente uma verdadeira questão constitucional, a parte não poderá levar a causa até o Supremo Tribunal na via do recurso extraordinário.
4. A formação positivista dos juízes brasileiros dificulta a correta identificação dos princípios e objetivos que devem reger sua atividade.

**REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano II - nº 2 DA P. 34 ATÉ 47**

(Fonte: [http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica\\_02-2.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-2.pdf))

## 10 - O tratamento da Lei Inconstitucional pelo Poder Executivo

André Ramos Tavares

Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP;

Livre-Docente em Direito Constitucional pela USP;

Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do CEU/SP;  
Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

## 1. Contextualização do tema e aproximação preliminar

Para enfrentar a discussão acerca da existência de “poder” na Administração capaz de justificar o descumprimento de lei ao argumento de sua inconstitucionalidade, é imprescindível discorrer sobre o regime jurídico aplicável à lei considerada inconstitucional. Este é, certamente, de todos, o mais relevante dos elementos definidores daquele “poder”.

Para além desse ponto, cumpre, igualmente, apresentar, ainda que em breve panorama, os diversos modelos e modalidades de controle da legitimidade das leis.

Quanto a esse aspecto, diversas são as classificações possíveis (TAVARES, 2003: 205 segts.), tomando-se como critério ou a natureza do órgão, ou o objetivo do controle, ou o momento, ou, ainda, o número de órgãos.

No que tange à natureza do órgão fiscalizador das leis, tal pode ser de duas ordens: política ou judicial. No Brasil tem-se a possibilidade do controle tanto judicial quanto político. É o controle de natureza política, realizado a posteriori, o objeto de análise deste ensaio.

As comissões de Constituição, de cada uma das Casas legislativas do Congresso Nacional, no Brasil, têm como missão analisar a conformidade de uma proposta de lei para com a Lex Suprema, isto é, realizam o controle preliminar ou preventivo, anterior a qualquer consubstanciação da lei no mundo jurídico. Trata-se, pois, de um dos casos brasileiros de controle político. Tal forma de controle, porém, assim como ocorre com o modelo francês, principal exemplo dessa modalidade de controle, é deveras inócuo. Não é raro encontrar leis que, mesmo após sua análise e emenda por alguma Comissão de Constituição, estejam eivadas de inconstitucionalidade, algumas até grosseiras e evidentes.

O porquê da usual falência e rechaço ao controle político preventivo decorre da composição dos órgãos responsáveis pelo controle. No caso brasileiro, a Comissão é composta por parlamentares e, no caso francês, por antigos presidentes franceses, bem como por membros eleitos pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembléia Nacional e pelo Presidente do Senado. Dessa forma, não seria equivocado afirmar que, freqüentemente, os integrantes desses órgãos têm interesses próprios (políticos ou não-jurídicos) na aceitação ou na emenda de determinados projetos de leis, o que, por si só, já é suficiente para tolher a tão requisitada e necessária imparcialidade e, assim, inviabilizar uma adequada fiscalização.

Outra forma de controle político, anda preventivo de constitucionalidade encontra-se no limiar da promulgação da lei, é dizer, no veto do Chefe do Executivo. Tal está previsto no art. 84, inc. V da Constituição Federal, e é estendido também aos Chefes do Executivo de todos os entes da federação, isto é, governadores e prefeitos. De acordo com SABINO JR. (1976: 262), o veto “é uma arma poderosa destinada à defesa da própria Carta Maior ou dos interesses legítimos da administração”.

Verifica-se, dessa forma, a existência de dois mecanismos preventivos que visam a dificultar o aparecimento de leis despregadas do quadro constitucional.

Afirmou-se, anteriormente, que o controle político, além de sua espécie preventiva, também pode ser repressivo. Este, porém, assim como seu congênere preventivo, está repleto de incertezas e dúvidas doutrinárias acerca da sua eficiência e adequabilidade, conforme se demonstrará.

O controle político repressivo, pouco comum, seja pelo seu uso efetivo, seja pelo seu enfrentamento doutrinário, é exercido pela Administração Pública quando esta se nega a fazer cumprir certa lei, em vista de uma suspeita de inconstitucionalidade. Entretanto, a possibilidade de a Administração Pública desobedecer a lei, em nome de uma possível inconstitucionalidade, não é incondicionada. Faz-se necessária a presença de certo modelo e a obediência a certos requisitos e limites. É o que se passa a analisar.

## **2. Nulidade absoluta da Lei Inconstitucional e suas conseqüências para a Administração Pública**

A vinculação do regime de nulidade absoluta à lei inconstitucional foi a primeira e mais forte tese a ser adotada quando se estabeleceram, definitivamente, os regimes constitucionais, especialmente nos E.U.A.

Ocorre, consoante essa tese, a eliminação retroativa do ato normativo, ou de seus efeitos, podendo-se falar de poderes de “destruição maciça” (ANDRADE, 1995: 79). Essa é a doutrina tradicionalmente aceita (cf. ALMEIDA, 1988: 883; FERREIRA FILHO, 2002: 39; REALE, 1981: 55; TAVARES, 1998: 120-1; TRIBE, 2000: 216. Para uma visão geral:

TAVARES, 2005a: 263-9), desenvolvida e adotada pela Corte Suprema norte-americana, como acentuou o Justice HOLMES em um de seus julgados, em 1910, ao anotar que a regra da operatividade retroativa tem norteado as decisões do Tribunal “for near a thousand years” (apud TRIBE, 2000: 217).

O princípio ensejador da prerrogativa administrativa de descumprir lei supostamente inconstitucional é o fato de o Poder Executivo ter de respeitar a Carta Magna antes de curvar-se às leis. Nesse sentido tem-se RAMOS (1994: 237), o qual dispõe que “não há como se pretender que o Poder Executivo, obrigado que está, tanto quanto os demais Poderes, a observar a Constituição, a deixe de lado para cumprir a lei que se lhe parece inconstitucional”. Mas não é só, pois como lembra SAMPAIO (2002: 518): “Imagina-se, com essa solução, que a independência e autonomia de cada Poder, reforçadas pelo sistema de freios e contrapesos, permitem decisões acerca da legitimidade dos atos que pratica, aferida não em função da lei, se reputada inconstitucional, mas em Face da Constituição diretamente.”.

### **2.1. Requisitos e limites para o uso da “prerrogativa” de descumprimento de lei ilegítima**

A Administração Pública somente estará desobrigada a cumprir determinada lei, por suspeita de inconstitucionalidade, se o efeito da decisão do órgão judicial responsável pela guarda da Constituição e fiscalização das leis, S. T. F., no caso brasileiro, retroagir no tempo, isto é, for (ou haver a possibilidade de vir a ser) *ex tunc*. Em outras palavras, se o efeito da decisão do guardião constitucional somente produzir efeitos futuros, *ex nunc*, estar-se-á impedindo toda e qualquer possibilidade de a Administração Pública desatender a malsinada lei. “Afinal, embora passível de invalidação *ex nunc*, a lei inconstitucional dispõe, nessa hipótese, de validade provisória, incidindo imperativamente até que sobrevenha a sua anulação pelo órgão de controle.” (RAMOS, 1994: 236). Logo, a teoria da nulidade da lei inconstitucional seria um reforço à tese da possibilidade de seu descumprimento (Sampaio, 2002: 518). Assim

também entendeu BITTENCOURT, para quem “A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei – não se presume lei – é para todos os efeitos. Submete a seu império todas as relações jurídicas a que visa disciplinar e conserva plena e íntegra aquela força formal que a torna irrefragável, segundo a expressão de Otto Mayer.” (BITTENCOURT, 1968: 95-96, grifo original).

Logo, a existência do controle político repressivo e a conseqüente possibilidade de a Administração Pública desacatar a lei está condicionada ao efeito concedido às decisões do Tribunal Constitucional.

Realmente, “Nos ordenamentos em que a Constituição estabelece a sanção de nulidade para as leis que a violem, é irrecusável a competência do Poder Executivo para negar cumprimento à lei inconstitucional” (RAMOS, 1994: 237).

Outro requisito para o uso dessa prerrogativa pelo Poder Executivo “é de se exigir que a decisão administrativa de negar cumprimento à lei inconstitucional deve ser suficientemente motivada.” (RAMOS, 1994: 238-239).

Não se está a exigir aqui que o Chefe do Executivo esteja certo da inconstitucionalidade da lei. Isso não significa ser *conditio sine qua non* que a inconstitucionalidade seja patente e de fácil intelecção, pois se até os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dotados de notável e indubitável conhecimento jurídico, enfrentam intermináveis discussões e dúvidas para decidir acerca da contitucionalidade de determinada lei, sendo, ainda, costumeiro ocorrer mudanças de entendimento, seria impensável e irrazoável exigir do Chefe do Executivo a visibilidade incontrastável do vício. Tal condicionante reconduzir-se-ia a uma negativa de atuação administrativa.

O que se está a impor, com a existência desse requisito, é que o Chefe do Executivo aja de acordo com um dos princípios ordenadores da Administração Pública, qual seja, o princípio da motivação, o qual “implica para a Administração o dever de justificar os seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existente e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo” (MELLO, 2002: 94).

Assim, exige-se da Administração Pública, quando do descumprimento de lei passível de inconstitucionalidade, que demonstre o porquê da sua ação desvinculada da lei, isto é, que exponha o dispositivo que está em dúvida, o preceptivo constitucional que a lei inferior estaria em conflito e as razões que a levaram a crer na inconstitucionalidade, tudo isso, é claro, sob a égide do razoável: não se quer que a Administração Pública deixe de aplicar determinada lei, v.g., criminalizadora de conduta, por estar ela conflitando com a liberdade de ir e vir prevista na Constituição.

Outra medida adotada para se evitar o desenfreado e desarrazoado uso de “descumprimento de lei por provável inconstitucionalidade” foi a limitação subjetiva dessa prerrogativa, encartada apenas nas mãos do Chefe do Executivo. Isso significa, em síntese, que não está franqueado a todo e qualquer servidor ou agente da Administração Pública descumprir lei que lhe pareça inconstitucional. Logo, “Sempre que um funcionário subordinado vislumbrar o vício de inconstitucionalidade legislativa, deverá propor a submissão da matéria ao titular do Poder, até para fins de uniformidade da ação administrativa.” (Ramos, 1994: 238).

Por fim, tem-se mencionado, ainda, a exigência de que se trate de inconstitucionalidade flagrante, manifesta, o que, critério que se revela de baixa objetividade para fins de aferimento do uso legítimo dessa prerrogativa.

## 2.2. Fundamentos

Na evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, uma argumentação contrária à aceitação do controle de constitucionalidade pelo Executivo, fora do Judiciário, passou a firmar-se após a EC 16/65, justamente porque a partir desta ter-se-ia uma tarefa específica e exclusiva nesse sentido, atribuída ao S.T.F.

Posteriormente, passou-se a admitir o controle pelo Executivo, especialmente porque a legitimidade para alcançar o S.T.F. era apenas do Procurador-Geral da República, o que não permitia a adoção dessa medida pelo Executivo. Por fim, com a Constituição de 1988, volta-se, em geral, às teses mais restritivas, exatamente pelo alargamento de legitimidade ativa que esta promove, ao admitir o Chefe do Executivo federal e dos Executivos estaduais (para um estudo com referências jurisprudenciais: SAMPAIO, 2002: 516-9). Contudo, em face dos termos empregados pela EC 3/93, seria sustentável que nela admitiu-se o descumprimento de leis pelo Executivo quando não haja declaração de sua constitucionalidade com efeito vinculante (sobre essa tese: BARROSO, 2004: 66; BINENBOJM, 2004: 2401).

A aceitação de um modelo institucional de controle político repressivo de constitucionalidade, portanto, não é pacífica na doutrina brasileira, e só bem se compreende com certa contextualização. MENDES (1996: 133), por exemplo, ao tratar desse assunto, lembra que “se o Presidente da República – ou, eventualmente, o Governador do Estado – está legitimado a propor a ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, inclusive com pedido de medida cautelar, não se afigura legítimo que deixe de utilizar essa faculdade ordinária para valer-se de recurso excepcional, somente concebido e tolerado, à época, pela impossibilidade de um desate imediato e escorreito da controvérsia”. MOREIRA ALVES, por sua vez, possui opinião contrária à de MENDES, sendo que sua lógica funciona da seguinte forma: “A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do Estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado?” (apud RAMOS, 1994: 238).

No que tange ao argumento utilizado por MENDES sobre a existência da Medida Cautelar, RAMOS (1994: 240) possui, por assim dizer, uma posição intermediária, a ver:

*“Nessas hipóteses, parece-nos razoável admitir que o Chefe do Executivo pode recusar-se a cumprir a lei sub judice apenas até o julgamento do pedido de medida cautelar, por ele próprio formulado. Se o Pretório Excelso acolher o pedido, a execução da lei doravante estará suspensa por força de concessão da medida cautelar, com eficácia erga omnes. Se ao contrário, o rejeitar, estará recusando o fumus boni iuris da arguição ou os danos que a execução temporária da lei possa provocar (periculum in mora), juízo esse que deve ser acatado pelo Chefe do Poder Executivo requerente.”*

MORAIS ao tratar da desobediência civil como provável meio de combater a inconstitucionalidade das leis fornece, ao final, seus argumentos contrários, que são subsídios à teoria defendida por MENDES.

Pouco se fala, no Brasil, sobre a questão da “desobediência civil”, o qual surgiu como elemento garantidor da democracia e, por conseguinte, do respeito aos anseios e vontades do povo que, embasado na teoria contratualista dos iluministas LOCKE e ROUSSEAU, seria o titular do poder. De acordo com BLANCO DE MORAIS (2002: 98), “A desobediência civil tem como objecto a contestação da legitimidade, política e jurídica de actos do poder e intenta como fim, alcançar um acordo com os decisores políticos ou judiciais, no sentido da alteração, revogação ou declaração da nulidade dos referidos actos.” (original grifado). De acordo com o mesmo jurista, tal medida estaria, na opinião de alguns de seus defensores, sob a égide constitucional, pois, “de um lado, de acordo com DWORKIN, a desobediência é desferida contra as decisões que os responsáveis pelo protesto estimem, em consciência, como de duvidosa constitucionalidade” e “de outro, na linha de construção de DREIER, a desobediência surge como auto-tutela de direitos fundamentais que se tenham como abusivamente restringidos.” (MORAIS, 2002: 98). Isto explicaria, assim, a tese da desobediência civil como um meio constitucionalmente legítimo, quer seja por possuir como objetivo as decisões inconstitucionais, quer seja por visar a reparar direitos fundamentais cerceados pelo Estado.

Entretanto, não se pode aceitar incondicionalmente o uso da “desobediência civil” como meio de se combater leis inconstitucionais. De acordo com MORAIS (2002: 100), somente “Na falta de procedimentos que invistam a cidadania em sujeito activo derecursos directos de constitucionalidade junto da Justiça Constitucional ou que confiram à mesma Justiça meios para desencadear oficiosamente a fiscalização desses actos, haveria fundamento para acções de desobediência civil em relação a legislação carente de uma participação.”. Ademais, “a legitimação jurídica da desobediência civil como instituto informal de promoção do controlo de constitucionalidade é por regra inaceitável, em qualquer regime democrático-representativo. Isto porque violaria gravemente os princípios identitários da soberania interna, da lógica da representação, do axioma democrático e da tipicidade dos meios de defesa ordinária da Constituição.” (MORAIS, 2002: 102).

Assim, utilizando expressão de MENDES, somente na falta de uma “faculdade ordinária” de controle de constitucionalidade é que seria permitido o uso da “desobediência civil” como instrumento de confronto das leis inconstitucionais pelo particular. Conseqüentemente, de acordo com MENDES, a possibilidade de o Chefe de determinado Poder Executivo descumprir lei inconstitucional seria tão-só permitida se não houvesse outro meio eficaz e suficiente para tanto, e como esse meio já existe, qual seja, as ações diretas, conjugadas com a possibilidade de concessão da medida cautelar, não seria, então, cabível admitir tal prerrogativa.

Verifica-se que, quer seja pelo quilate dos doutrinadores, quer seja por seus argumentos, torna-se praticamente impossível assentar-se pacificamente em uma das posições. A tese de MOREIRA ALVES, contudo, merece maiores considerações. O porquê dessa constatação encontra-se embasado em dois pontos, a seguir aduzidos.

Primeiramente, deve-se atentar para o texto Constitucional, pois, ao contrário do que ocorre com o particular, todo e qualquer ato do Poder Público deve estar amparado em lei. Embora não esteja expressamente prevista na Constituição Federal a possibilidade de o Chefe do Executivo descumprir lei que possua constitucionalidade duvidosa ou suspeita, o art. 78 da Constituição exige do Presidente e do Vice-Presidente da República o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, o que dá ensejo à sustentabilidade da tese que confere ao Chefe do executivo essas prerrogativas. Assim também procedem as Constituições estaduais, como a do Rio de Janeiro (art.

136), a de São Paulo (art. 43), de Santa Catarina (art. 65), de Minas Gerais (art. 86) e do Paraná (art. 83), dentre outras.

Outro ponto de grande importância para legitimar o Chefe do Executivo em seu descumprimento de leis inconstitucionalmente viciadas é a morosidade que assola a Corte Suprema brasileira. É sábio por todos que o S.T.F. é obrigado a lidar com milhares de ações anualmente. Um montante assustador se for comparado aos países europeus que adotam o modelo concentrado de constitucionalidade. A Suprema Corte é inundada diariamente por um excesso de casos, o que leva a um atrasamento na solução das lides e questões constitucionais, fazendo com que a pacificação de uma questão constitucional leve um grande período de tempo para ocorrer. Evidentemente que a EC 45/04 parece pretender combater esse fenômeno, ao criar o mecanismo da “repercussão geral” e da “súmula vinculante” (sobre o tema: TAVARES, 2005b).

Não obstante o posicionamento sempre seguro de MENDES, tem-se que não deve prevalecer o entendimento de que ao Chefe do Executivo não é permitido agir em desconformidade com uma lei infraconstitucional no caso desta afrontar a Lex Máxima.

Não que não haja razão em seus argumentos, mas sim com base na realidade fática brasileira, em que a palavra da vez é a lentidão do Judiciário. Não se pode constranger o Chefe do Executivo a cumprir uma lei, ainda que sabidamente inconstitucional, para aguardar o posicionamento definitivo do Tribunal Constitucional (ainda que se trate de legitimado ativo para propor a ação direta perante este).

Outrossim, faz-se salutar lembrar do fato de os prefeitos não terem recebido legitimidade ativa para propor ações diretas perante o S.T.F., o que faria com que os chefes desses Executivos ficassem ou prejudicados ou em posição mais benéfica, se comparados com os dos outros dois entes federativos. Sim, porque ou lhes seria permitido descumprir as leis inconstitucionais, enquanto que os demais chefes de Executivo teriam de ingressar com a respectiva ação direta, concedendo-lhes, assim, “nessa matéria, mais poder que [a]o Presidente e [a]o Governador” (BARROSO, 2004: 65) ou lhes seria proibido descumprir essas leis, e outra alternativa não lhes restaria, ao passo que os demais chefes de Executivo estariam contemplados com a possibilidade de insurgirem-se contra essas leis por via de alguma ação direta. Dir-se-á que sempre restaria aos prefeitos o controle difuso-concreto em ações comuns. Ocorre que, nesses casos, uma provável decisão judicial favorável somente teria eficácia inter partes, mantendo-se em vigor e devendo ser cumprida a norma inconstitucional para as demais situações concretas que surgissem<sup>1</sup>

Verifica-se, portanto, que a utilização da prerrogativa em tela é essencial para a preservação da Carta Máxima, do próprio Estado Constitucional de Direito, base e substratum de atuação dos “poderes”. Trata-se de mais um instrumento contra desmandos e desatenções eventualmente praticados pelo Legislativo. É importante, ainda, reforçar que não se pretende, aqui, defender o uso desmedido da prerrogativa ora em análise, mas sim o seu uso razoável e passível de responsabilização.

*1 A única ressalva que se poderia fazer diz respeito à hipótese, remota, em que a lei inconstitucional fosse uma lei estadual ou municipal que atentasse contra norma da Constituição estadual que repetisse norma da Constituição Federal, hipótese em que cabe a ação direta no âmbito estadual, com eficácia erga omnes. De resto, ter-se-ia de aguardar a causa alcançar, em grau de recurso, o S.T.F. para, posteriormente, aguardar uma resolução do Senado Federal que suspendesse a execução da lei com eficácia erga omnes.*

## 2.3 Conseqüências pelo descumprimento ilegítimo da lei

A assunção da tese acima não pretende sempre isentar a Administração Pública, para que descumpra, ao seu talante, qualquer lei, seja por rugas políticas, seja por interesses próprios ou secundários; “não se pode admitir que, com base em singela invocação de vício de inconstitucionalidade, despida de um mínimo de fundamentação existente, se ponha o Chefe do Executivo a descumprir os atos legislativos editados pelo parlamento.” (RAMOS, 1994: 239).

Para evitar o desarrazoado uso dessa prerrogativa, qual seja, do descumprimento de lei, pelo Poder Executivo, tem-se a possibilidade, em tese, de incorrer o Chefe do Executivo no crime de responsabilidade. O uso meramente político de uma prerrogativa desse porte está totalmente vedado e caracterizará automaticamente o crime de responsabilidade. No âmbito da União, ou seja, em que o Chefe do Executivo é o Presidente da República, os crimes de responsabilidade estão previstos no art. 85 da C.F., no qual se encontra, em seu inciso VII, a tipificação dos atos contrários ao cumprimento das leis e das decisões judiciais. Quanto aos Governadores do Estado, a previsão de crime de responsabilidade encontra-se nas respectivas constituições. A Constituição Estadual de São Paulo (art. 48, VII), do Rio de Janeiro (143, VII), de Santa Catarina (art. 72, VII), do Paraná (art. 88, VII), do Amazonas (art. 55, VII), de Rondônia (art. 66, VI), dentre outras, contemplam essa figura. Já, no que tange ao Chefe do Executivo Municipal, tem-se a disciplina instaurada pela Lei 1.0792, de 1950.

## 3. O abandono da tese da nulidade absoluta da Lei Inconstitucional

O abandono da tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional encontra 2 Art 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

- I. A existência da União;
- II. O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;
- III. O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV. A segurança interna do país;
- V. A probidade na administração;
- VI. A lei orçamentária;
- VII. A guarda e o legal emprêgo dos dinheiros públicos;
- VIII. O cumprimento das decisões judiciárias (Constituição, artigo 89).

Fundamento na necessidade de preservar o Direito contra a descontinuidade, devendo-se buscar um equilíbrio entre o princípio da constitucionalidade e a insegurança jurídica (ZAGREBELSKY, 1988: 307).

Quando o Tribunal Constitucional for dotado da possibilidade de anular uma lei com eficácia prospectiva e diferida (a partir de uma data futura) continuará prevalecendo, por determinado período, a legislação, mesmo após sua declaração de inconstitucionalidade. Sua ocorrência deve-se à ponderação realizada pelo Tribunal Constitucional. É o sistema admitido na Constituição portuguesa, ao prescrever em seu art. 282 (conforme revisão de 1982):

*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 mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2. Idêntica orientação foi adotada no Brasil*

*por meio da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

A possibilidade, reconhecida ao Tribunal Constitucional, de modular (dosar) a eficácia temporal de suas decisões (de reconhecimento da inconstitucionalidade) significa a possibilidade de atuação tipicamente legislativa. A faculdade conferida ao Tribunal de restringir os efeitos da decisão, ao poder se basear em considerações de interesse Público, transmuda-se em função de caráter acentuadamente político (ANDRADE, 1995: 79), com o que se revela, novamente, uma conotação constitutiva. Ora, isso significa, em outro giro, que também a Administração Pública está vinculada à decisão que vier a ser adotada pelo Tribunal Constitucional. Não lhe pode suceder, substituir ou antecipar a vontade, como se demonstrará ao final.

A eficácia (força) prospectiva permite resolver relações jurídicas de maneira abstrata, tal como o legislador, porque inova a ordem jurídica em relação ao regime anterior, que permanece em seus efeitos já produzidos. Para ENTERRÍA, essa jurisprudência com força apenas prospectiva:

[...] insere o Tribunal Constitucional quase no papel de legislador, que inova o Direito para o futuro. (ENTERRÍA, 1983: 181, tradução livre)

Tem-se, na doutrina constitucional, verdadeiro rompimento com o dogma, mencionado anteriormente, da nulidade da lei e retroatividade dos efeitos dessa declaração, tese tradicionalmente aceita (CAPPELLETTI, 1971: 90). Foi no caso *Linkletter versus Walker*, de 1965, que a própria Suprema Corte norte-americana passou a se afastar desse dogma:

[...] a Corte desenvolveu uma doutrina na qual poderia negar efeito retroativo a uma recém-anunciada regra penal. A Corte anunciou que “a Constituição nem proíbe nem requer efeito retroativo” e cita o Justice Cardozo para o problema que “a constituição federal não tem voz ativa sobre a matéria”. A Corte tratou essencialmente a questão da retroatividade nos casos criminais como problema puramente de política, a ser decidido novamente em cada caso. (TRIBE, 2000: 218-9, tradução livre)

No modelo austríaco originário (cf. KELSEN, 1942: 305; ZAMUDIO, 1982: 167) também se consignou a possibilidade de que a decisão de inconstitucionalidade tenha eficácia diferida no futuro, pois a decisão surtia efeitos imediatos salvo se a Corte estabelecesse um adiamento de, no máximo, um ano. Trata-se de deferência ao Legislador para lhe permitir editar, nesse lapso de tempo, uma lei adequada constitucionalmente e, assim, evitar a lacuna e eventuais efeitos indesejáveis dela decorrentes. Era a doutrina exposta pelo próprio KELSEN, que fez consignar sua tese de que só modelo de efeitos *ex nunc* atenderia aos objetivos de segurança jurídica:

Quanto ao seu alcance no tempo, a anulação pode se limitar ao futuro ou, ao contrário, igualmente se estender ao passado, ou seja, ter ou não efeito retroativo. Essa diferença obviamente só tem sentido para os atos que tenham conseqüências jurídicas duradouras; ela diz respeito portanto, antes de mais nada, à anulação das normas gerais. O ideal da segurança jurídica requer que se atribua, geralmente, efeito à anulação de uma norma geral irregular pro futuro, ou seja, a partir da anulação. Deve-se considerar inclusive a possibilidade de não se deixar a anulação entrar em vigor antes do término de determinado prazo. Da mesma forma que podem existir motivos válidos para fazer a

entrada em vigor de uma norma geral ser antecedida, por exemplo, de uma *vacatio legis*, também poderia haver motivos válidos para que uma norma geral só deixasse de vigorar após certo prazo a partir da sentença de anulação. Todavia, certas circunstâncias podem tornar uma anulação retroativa necessária. Não se deve somente pensar no caso extremo, precedentemente considerado, de uma retroatividade ilimitada, em que a anulação do ato equivale a sua nulidade, quando o ato irregular deve, conforme a apreciação soberana da autoridade competente para anulá-lo ou em virtude da exigência pelo direito positivo de um mínimo de condições para sua validade, ser reconhecido como sendo pura e simplesmente um pseudo-ato jurídico. Deve-se vislumbrar antes de mais nada um efeito retroativo excepcional, limitado a alguns casos específicos ou a certa categoria deles. (KELSEN, 1928: 22-3, tradução livre)

KELSEN (1942: 305) explica, ainda, que a anulação meramente *ex nunc* das leis justifica-se na medida em que o legislador está autorizado a interpretar as leis, e, assim, essa sua interpretação deve ser respeitada até que sobrevenha uma decisão contrária (do Tribunal Constitucional).

A Suprema Corte norte-americana reuniu seus critérios para a atribuição de eficácia futura no caso *Stovall versus Denno*, em 1967, consignando: Os critérios orientadores da resolução da questão implicam (a) o propósito de como foi visto acima, a questão sobre a possibilidade de a Administração Pública descumprir lei de constitucionalidade questionável não é das mais pacíficas. A problemática aprofunda-se a partir do ponto em que o Brasil adota um sistema aberto quanto à eficácia das decisões do S.T.F. em controle de constitucionalidade, como foi visto anteriormente, no qual há uma eficácia temporal em branco, a ser preenchida pelo livre convencimento do Tribunal Constitucional. A Administração Pública somente pode utilizar-se da prerrogativa de descumprimento de lei inconstitucional se a eficácia da decisão fosse, necessariamente, retroativa.

A Lei n. 9.868/99, em seu artigo 27, previu justamente o oposto, no que foi seguida pela Lei n. 9.882/99. Verifica-se, então, que foi aberta a possibilidade de o Supremo anular a lei eivada de inconstitucionalidade, isto é, de cancelar os seus efeitos preteritamente ou *ex nunc* ou, ainda, de outra data que venha a fixar consoante seu entendimento acerca do vício constatado. A questão que surge, portanto, em sistemas jurídicos que adotam esse modelo, é a seguinte: como agirá o Chefe do Executivo se a certeza quanto à constitucionalidade somente surgirá no momento na decisão final do S.T.F.? Quer dizer que unicamente os chefes do Executivo que possuem “poderes paranormais de adivinhação” é que poderão descumprir a lei? Ou, que o Chefe do Executivo, agora, encontra-se amarrado, impossibilitado de agir em conformidade com a Constituição no caso do advento de lei inconstitucional?

Nem Constituição Federal nem, muito menos, o legislador ordinário trouxeram respostas às indagações apresentadas. Entretanto, parece que a solução reside na possibilidade de a Administração Pública deixar de dar guarida à lei inconstitucional.

As opções possíveis, como se sabe, são as que se seguem: (i) o Chefe do Executivo descumpra a lei e ela é, posteriormente, julgada, em definitivo, inconstitucional e; (ii) o Chefe do Executivo descumpra a lei que é, mais tarde, julgada, em definitivo, constitucional.

Na primeira hipótese, dois são os desdobramentos possíveis: (i.a) de o Tribunal tornar nula a lei e; (i.b) de o S.T.F apenas anulá-la. Naquele caso (i.a), nenhuma responsabilidade administrativa teria de ser apurada, visto que se considera como lei inexistente, que jamais poderia, nesses termos, produzir efeitos. Na última situação (i.b),

diferentemente, seria cabível a indenização dos particulares prejudicados pela decisão administrativa não ratificada pelo Tribunal em sua postura temporal, mas não se deveria falar em responsabilização do agente político, porque descumpriu lei que, ao final, foi considerada inconstitucional, apesar da manipulação temporal.

Na segunda hipótese (ii), o desdobramento seria único: responsabilização do Chefe do Executivo e indenização dos particulares prejudicados.

A possibilidade de a Administração Pública utilizar o controle político repressivo em questão é fortalecida, ainda, pelo fato de seu ato, no caso de decidir pelo não cumprimento da lei, não ser passível de obrigar os particulares a, concomitantemente, descumpri-la. Nesse sentido tem-se RAMOS (1994: 237), o qual defende a tese de que “Tal declaração, por certo, não vincula terceiros, que sempre poderão questionar o entendimento da Administração, prevalecendo, afinal, o que o Poder Judiciário decidir a tal respeito.”.

Portanto, com o advento da referida lei, não se proibiu ao Chefe do Executivo descumprir as leis inconstitucionais, cumprindo, apenas, uma maior cautela no uso dessa prerrogativa inerente ao Estado Constitucional de Direito.

## 5. Bibliografia

ALMEIDA, Luis Nunes de. *El tribunal constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones*. *Revista de Estudios Políticos Nueva Epoca*, Madrid, n. 60-61, p. 859-889, abr./set. 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1983: reimpressão de 1994. 264 p. 1. ed.: 1981.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

KELSEN, Hans. *La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)*. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. 61 p. abr./ maio/ jun. 1928. Extrato.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito). Tradução de: *A comparative study of the australian and american constitution*, 1942.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Questões de direito* [1. ed.]. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

SABINO JR., Vicente. *Inconstitucionalidade das Leis (Iniciativa, Emenda e Decretação)*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.

- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SOTO, Maria del Carmen Blasco. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1995.
- TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005a.
- \_\_\_\_\_. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005b.
- TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: The Foundation, 2000. V. I. 1.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale [S. l.]: Il Mulino*, 1988.
- [http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/lei\\_inconstitucional\\_poderexecutivo.pdf](http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/lei_inconstitucional_poderexecutivo.pdf)
1. *Lei inconstitucional - JusBrasil Tópicos*  
*Lei inconstitucional. Jurisprudência, legislação e doutrina sobre Lei inconstitucional. Definição sobre Lei inconstitucional.*  
<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/.../lei-inconstitucional> - Em cache - Similares
  2. *Leis inconstitucionais - DFTV*  
4 mar. 2008... *E isso coloca o nosso Legislativo como o recordista de leis inconstitucionais em todo o Brasil. Os casos mais comuns são de projetos de...*  
[dftv.globo.com/.../0,,MUL444563-10044,00-LEIS+INCONSTITUCIONAIS.html](http://dftv.globo.com/.../0,,MUL444563-10044,00-LEIS+INCONSTITUCIONAIS.html) - Em cache - Similares
  3. *O dogma da nulidade da lei inconstitucional e os problemas...*  
*Inapta a gerar efeitos é apenas a lei que nunca se aplicou. Caso se tenha aplicado, efeitos foram gerados, ainda que a lei seja inconstitucional...*  
[jus.uol.com.br/.../o-dogma-da-nulidade-da-lei-inconstitucional-e-os-problemas-intertemporais-no-controle-concentrado-de-con...](http://jus.uol.com.br/.../o-dogma-da-nulidade-da-lei-inconstitucional-e-os-problemas-intertemporais-no-controle-concentrado-de-con...) - Em cache
  4. *Conjur - A nulidade da lei inconstitucional e sua aplicação (pág...*  
18 out. 2007... *Consultor Jurídico - Artigos, 18/10/2007 - A nulidade da lei inconstitucional e sua aplicação (pág. 1 de 12) (pág. 1 de 12) [Leis]*  
[http://www.conjur.com.br/2007.../nulidade\\_lei\\_inconstitucional\\_aplicacao](http://www.conjur.com.br/2007.../nulidade_lei_inconstitucional_aplicacao) - Similares
  5. *DireitoNet - Artigos - Controle de constitucionalidade*  
18 fev. 2005... *No Brasil a Constituição Federal é rígida e escrita, há portanto o... Este por sua vez, não julga a inconstitucionalidade de uma lei ou ato...*  
<http://www.direitonet.com.br/artigos/.../Controle-de-constitucionalidade> - Similares
  6. *A Viabilidade da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei - http://www...*  
30), *haverá uma lei inconstitucional quando houver uma "incompatibilidade resultante de contradição ou contrariedade entre conteúdos normativos (legal e...*  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil.../Art\\_Alexandre.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil.../Art_Alexandre.htm) - Em cache - Similares
1. **CAPÍTULO I**  
*No Brasil, como visto, o princípio da nulidade da lei inconstitucional foi trazido por Rui Barbosa, na mesma época da promulgação da Constituição...*  
[http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/pag6\\_1-3.html](http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/pag6_1-3.html) - Em cache
  2. [PDF]
  13. *Qualidade Institucional, Inconstitucionalidade de Leis e...*  
Formato do arquivo: PDF/Adobe Acrobat - Visualização rápida

*fenômeno da edição de leis julgadas inconstitucionais no Brasil,.... Atualmente, no Brasil, o alto número de leis declaradas inconstitucionais pelo...*

<http://www.portalcatalao.com/painel.../10fd703f99c46251fff195de8f8f384.pdf>

3. *Possibilidade de recusa de aplicação de lei inconstitucional pela...*

10 out. 2007... *Possibilidade de recusa de aplicação de lei inconstitucional pela autoridade administrativa - Luis Henrique Da Silva Gomes - JurisWay.*

[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=374](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=374) - Em cache - Similares

4. *O Chefe do Executivo e a Inexecução de Lei Inconstitucional...*

20 out. 2004... *Pode o Executivo negar direito previsto em lei inconstitucional ainda não... sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil....*

[http://www.correioforense.com.br/.../o\\_chefe\\_do\\_executivo\\_e\\_a\\_inexecucao\\_de\\_lei\\_inconstitucional.html](http://www.correioforense.com.br/.../o_chefe_do_executivo_e_a_inexecucao_de_lei_inconstitucional.html) - Em cache

5. *Controle de inconstitucionalidade das leis e o papel da reclamação...*

*O trabalho aprecia, de forma perfunctória, a teoria geral de inconstitucionalidade das leis, assim como a dupla função da reclamação nesta mesma seara,...*

[jus.uol.com.br/.../controle-de-inconstitucionalidade-das-leis-e-o-papel-da-reclamacao-perante-o-stf](http://jus.uol.com.br/.../controle-de-inconstitucionalidade-das-leis-e-o-papel-da-reclamacao-perante-o-stf) - Em cache

6. *A Lei inconstitucional e a sua caracterização de JA Delgado - 1991*

*Resumo: Discorre sobre a lei inconstitucional, diz que a identificação... Por fim, descreve que só se caracteriza a inconstitucionalidade de uma lei quando...*

[bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/16773](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/16773) - Em cache - Similares

7. *Gilmar: emenda Ibsen se baseia em lei inconstitucional*

22 mar. 2010... *"O STF na verdade disse que a lei é inconstitucional, mas que ficará... O Brasil terá de discutir essas questões, não só a distribuição de...*

[http://www.eshoje.com.br/.../leitura-noticia,inoticia,994,gilmar\\_+emenda+ibsen+se+baseia+em+lei+inconstitucional.aspx](http://www.eshoje.com.br/.../leitura-noticia,inoticia,994,gilmar_+emenda+ibsen+se+baseia+em+lei+inconstitucional.aspx) - Em cache

8. *Inconstitucionalidade das Leis 9868/99 e 9882/99: Sérgio Resende...*

*Já a Lei nº 9882/99 parece-me no todo inconstitucional, por transformar uma... e desfazer o nó górdio com que se atou no Brasil o sistema europeu com o...*

<http://www.srbarros.com.br> >... > *Direito Constitucional - Em cache - Similares*