

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Eduardo Moraes Bestetti

**OS EFEITOS NO TEMPO DA DECISÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Porto Alegre

2016

EDUARDO MORAES BESTETTI

**OS EFEITOS NO TEMPO DA DECISÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luís Afonso Heck.

Porto Alegre

2016

EDUARDO MORAES BESTETTI

**OS EFEITOS NO TEMPO DA DECISÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Público e Filosofia do Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Aprovado em 15 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Luís Afonso Heck,
Orientador

Fernando Vogel Cintra

Leonardo Simchen Trevisan

RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de Curso aborda a questão dos efeitos no tempo da decisão que declara uma lei inconstitucional no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, se sempre retroativos à data da entrada em vigor da lei, ou se é possível definir outro marco temporal. Para realizar tal proposta, analisa-se, em uma primeira parte, como a questão vem sendo enfrentada no Direito Comparado em ordenamentos jurídicos que ajudam a compreender o controle de constitucionalidade brasileiro, explicitando em que aspectos tais modelos de controle de constitucionalidade se assemelham e se diferenciam do brasileiro, bem como os argumentos utilizados pelos tribunais estrangeiros e pelo Supremo Tribunal Federal para decidir acerca da eficácia do tempo de uma decisão de inconstitucionalidade. Compara-se, neste ponto, o controle de constitucionalidade estado-unidense, alemão e austríaco com o brasileiro. Após, na segunda parte do trabalho, são estudadas as teorias da nulidade, que busca fundamentar a retroatividade da inconstitucionalidade ao momento da entrada em vigor da lei, e da nulificabilidade, que, em suma, defende a possibilidade de o órgão julgador realizar uma conformação no tempo para o término de vigência da lei inconstitucional. Com base nas características apontadas na primeira parte do trabalho, pode-se visualizar a influência da teoria da nulificabilidade nos ordenamentos jurídicos do Direito Comparado, bem como a sua positivação no controle brasileiro. Por fim, a conclusão, com base nos estudos comparado e teórico, propõe que os tribunais, ao se deparar com a necessidade de decidir acerca da eficácia no tempo de uma decisão de inconstitucionalidade, devem realizar uma ponderação entre argumentos em sentidos contrários a fim de determinar o marco temporal de término de vigência da lei.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle de constitucionalidade. Teoria da nulidade. Teoria da nulificabilidade. Eficácia temporal.

ABSTRACT

This paper addresses the subject of the temporal effects of a decision that declares a law unconstitutional within the judicial review, if it always retroacts to the day of the implementation of the law, or if it is possible to another timeframe. In order to realize this proposal, first, it is analyzed how the Comparative Law deals with the matter, by studying the judicial review of foreign law that helps to understand the brazilian judicial review, explaining in which aspects these models of judicial review resembles and differentiate of the brazilian, as well as the reasons used by the foreign courts and by the Federal Supreme Court to decide about the temporal effects of a decision of unconstitutionality. The brazilian judicial review is compared, in this part of the paper, with the american, german and austrian. After that, in the second part of the paper, the nullity theory, that aims to fundament the retroactive effects of the unconstitutionality to the moment of the implementation of the law, and the nullificability theory, that, in short, defends that it is possible to the court to make a conformation in time of the end of validity of the unconstitutional law, are studied. Based on the characteristics studied in the first part of the paper, it is remarkable the influence of the nullificability theory on the Comparative Law, as well as its positivation on the brazilian judicial review. Lastly, the conclusion, based on the comparative and theoretical studies, proposes that the courts must consider opposing arguments in order to define the timeframe of the validity of the unconstitutional law.

Key-words: *Constitutional Law. Judicial Review. Nullity theory. Nullificability theory. Time effects.*

Sumário

Introdução	8
I. Estudo Comparado	10
1. O Controle de Constitucionalidade nos Estados Unidos da América	10
1.1. Breve Histórico	10
1.2. Tipos de controle normativo	11
1.2.1. Controle normativo principal e incidental.....	11
1.2.2. Controle normativo abstrato e concreto	12
1.2.3. Controle normativo concentrado e difuso	12
1.2.4. Controle normativo especial e integrado.....	12
1.3. As características do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América.....	12
1.4. Os efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade.....	14
1.5. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo	15
1.5.1. Duas visões doutrinárias	15
1.5.2. As três fases do entendimento da Suprema Corte	16
1.5.3. Retroatividade e prospectividade na terceira fase	18
2. O Controle de Constitucionalidade na Alemanha	20
2.1. Breve Histórico	20
2.2. O controle de constitucionalidade na Lei Fundamental de Bonn.....	21
2.3. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.....	25
2.3.1. Nulidade parcial	27
2.3.2. Declaração de incompatibilidade	27
2.3.3. Decisão-apelo.....	28
2.3.4. Interpretação conforme a Constituição	28
3. O Controle de Constitucionalidade na Áustria	29
3.1. Breve Histórico	29
3.2. O controle de constitucionalidade no marco da Lei Constitucional-Federal Austríaca de 1920 e da Lei do Tribunal Constitucional de 1953	30
3.3. Os efeitos da decisão de anticonstitucionalidade	31
4. O controle de constitucionalidade no Brasil	34
4.1. Breve histórico	34
4.2. O controle difuso de constitucionalidade no Brasil	36
4.3. A eficácia da decisão do controle difuso de constitucionalidade	37
4.3.1. A eficácia temporal da decisão do controle difuso de constitucionalidade na tradição do direito brasileiro	42
4.3.2. A eficácia temporal da decisão do controle difuso de constitucionalidade no entendimento atual do Supremo Tribunal Federal	43

II. Estudo Teórico	46
1. A Jurisdição Constitucional	47
1.1. A Concepção de Carl Schmitt	47
1.2. A Concepção de Hans Kelsen	48
2. A teoria da nulidade.	49
2.1. A Concepção de Ruy Barbosa	50
2.2. A nulidade como caso-limite da nulificabilidade.....	51
3. A teoria da nulificabilidade	52
3.1. A nulificabilidade no controle de constitucionalidade austríaco	56
3.2. A nulificabilidade no controle de constitucionalidade dos Estados Unidos da América.....	56
3.3. A nulificabilidade no controle de constitucionalidade alemão	57
3.4. A nulificabilidade no controle de constitucionalidade brasileiro.....	58
Conclusão	59
Referências	61

Introdução

A vinculação de todos os órgãos estatais à Constituição, pressuposto do Estado de Direito, implica em uma jurisdição constitucional com competência de resolução de litígios acerca da compatibilidade dos atos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário com a Constituição, sendo o controle normativo a verificação da compatibilidade de leis de hierarquia inferior com uma de hierarquia superior, tanto no sentido formal como no material. Tal atividade pressupõe o chamamento pelos interessados do controle normativo, bem como da aceitação de suas decisões pelos afetados¹.

Diante disso, pode-se perceber desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, com grande repercussão social, tanto no controle concentrado, como no controle difuso de constitucionalidade. Como exemplo daquelas pode-se mencionar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, que versou sobre as uniões estáveis homoafetivas, a inconstitucionalidade do crime de aborto em casos de anencefalia (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54) e, mais recentemente, a inconstitucionalidade das doações para campanhas eleitorais por pessoas físicas. Quanto ao controle difuso de constitucionalidade, modalidade em que o STF atua como instância recursal e de unificação de jurisprudência, o tribunal julgou a constitucionalidade da reserva de vagas em universidades públicas no Recurso Extraordinário 597.285.

Nesse contexto, este trabalho busca colaborar com o desenvolvimento da compreensão do controle de constitucionalidade, investigando especificamente a questão da eficácia no tempo da decisão de inconstitucionalidade, o que se considera de central importância, pois diz respeito à previsibilidade nas ações do Estado, à segurança jurídica e à supremacia da Constituição.

Ainda para delimitar o objeto da presente investigação, a análise da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade levará em conta o controle difuso de constitucionalidade, ou seja, aquele em que a norma considerada incompatível com a Constituição pode ser rejeitada por mais de um tribunal².

¹ MAURER, Hartmut. Jurisdição Constitucional. In: *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221.

² *Ibidem*, p. 244.

Para realizar a investigação proposta, far-se-á, em um primeiro momento, um estudo de como o controle de constitucionalidade é realizado em três diferentes ordenamentos jurídicos no direito comparado, nos Estados Unidos da América, na Alemanha e na Áustria, para então analisar o controle de constitucionalidade no Brasil. Serão analisadas a posição da doutrina, a jurisprudência dos tribunais competentes para o exame de constitucionalidade e a legislação dos quatro países quanto à eficácia no tempo da decisão de inconstitucionalidade. Nesse ponto, o Direito Comparado se mostra importante para a compreensão do Direito brasileiro.

Após o estudo comparado, o trabalho tratará das duas teorias que versam sobre a decisão de inconstitucionalidade, a nulidade e a nulificabilidade das leis. Mostra-se importante o estudo das teorias após a explanação acerca dos modelos de controle de constitucionalidade existentes em Estados Unidos da América, Alemanha, Áustria e Brasil, porque o objeto da investigação das teorias da nulidade e da nulificabilidade deve estar claro, assim como se considera importante haver a correspondência do plano teórico com as experiências práticas que terão sido estudadas.

Por fim, com o estudo comparado e das teorias da nulidade e da nulificabilidade, buscar-se-á traçar uma conclusão que indique qual a resposta adequada para a questão da eficácia no tempo da decisão de inconstitucionalidade nos tribunais brasileiros.

I. Estudo Comparado

1. O Controle de Constitucionalidade nos Estados Unidos da América

1.1. Breve Histórico

A possibilidade de revisão judicial de leis exaradas pelo Poder Legislativo nos Estados Unidos da América já era celebrada desde os escritos dos chamados “pais fundadores” da República estado-unidense. Ruy Barbosa, ao analisar o controle de constitucionalidade naquele país, menciona que já havia decisões de cortes estaduais deliberando pela inconstitucionalidade de lei que transpôs a barreira da Constituição³.

Da mesma forma, nos escritos publicados no Brasil sob o nome de “O Federalista”, Alexander Hamilton escreve em sua análise sobre o Poder Judiciário previsto na então recente Constituição dos Estados Unidos da América, que há superioridade da norma constitucional em relação à norma legal e que a lei que dispõe de forma oposta à constituição não deve ser aplicada⁴.

Já a consagração do controle de constitucionalidade dos atos normativos na jurisprudência da Suprema Corte ocorreu no caso *Marbury v. Madison*. Ruy Barbosa, ao analisar a questão da inconstitucionalidade nos Estados Unidos da América, transcreve parte da decisão paradigmática, relatada pelo juiz Marshall, que fundamenta o papel das cortes em afastar a aplicação da lei inconstitucional, bem como demonstra a hierarquia da Constituição sobre as leis ordinárias:

Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do poder legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte os que impugnam o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, não de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só.

Tal doutrina aluiria os fundamentos de todas as Constituições escritas. Equivaleria a dizer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria de nosso governo, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante, será praticamente eficaz.⁵

³ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa 7, 1893, p. 50-51.

⁴ HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers*. The Library of Congress. Disponível em: <http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_81.html>. Visualizado em 06 de março de 2016.

⁵ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa 7, 1893, p. 53.

Diante dos argumentos empregados em *Marbury v. Madison* e do disposto pelo artigo III, seções 1 e 2 da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787⁶, verifica-se que a competência de controle jurídico do exercício dos Poderes Executivo e Legislativo é atribuída à Suprema Corte e às cortes inferiores, que formam o Poder Judiciário. Esse controle pode ser distinguido em diferentes tipos⁷, cuja análise merece um maior aprofundamento.

1.2. Tipos de controle normativo

Hartmut Maurer classifica os diferentes tipos de controle normativo em quatro pares conceituais, os quais serão úteis para compreender o objeto deste estudo em todo o trabalho. Por isso, antes de se classificar o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América, é de fundamental importância que se analisem os pares conceituais.

1.2.1. Controle normativo principal e incidental

Trata-se aqui de uma distinção de acordo com o objeto do litígio, o que acarreta consequências na decisão negativa de constitucionalidade. No controle normativo principal, o objeto do litígio é a compatibilidade da lei com a constituição em si. Em caso de incompatibilidade da lei com a constituição, a consequência é a eliminação formal da lei com vinculatividade universal.

Já no controle normativo incidental, há um conflito jurídico com objeto distinto da constitucionalidade da norma. Porém, para a resolução de tal conflito jurídico, deve ocorrer o

⁶ ARTIGO III. Seção 1. O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

Seção 2. A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Visualizado em 13 de março de 2016.

⁷ MAURER, Hartmut. Jurisdição Constitucional. In: *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 245.

esclarecimento quanto à compatibilidade da norma com a constituição como questão prejudicial. As consequências no caso de incompatibilidade, neste caso, limitam-se à decisão do caso⁸.

1.2.2. Controle normativo abstrato e concreto

Nesse par conceitual, importa saber qual o motivo pelo qual se realiza o controle normativo. Caso o motivo seja o esclarecimento, de modo universal, acerca da compatibilidade da lei com a constituição, o controle é abstrato. Caso o motivo seja um conflito jurídico concreto em que a questão da constitucionalidade da lei seja relevante para a decisão, o controle é concreto⁹.

1.2.3. Controle normativo concentrado e difuso

O critério empregado para a distinção entre controle normativo concentrado e difuso é o órgão competente para a decisão. Por um lado, no controle concentrado, a competência para o exame da constitucionalidade da lei, ou, pelo menos, para a rejeição está reservada a um tribunal. Por outro lado, no controle difuso, todos, ou um maior número de tribunais são competentes para exame e rejeição¹⁰.

1.2.4. Controle normativo especial e integrado

Aqui cabe analisar se o controle normativo é destinado a um tribunal constitucional ou a um tribunal supremo competente para todos os âmbitos. Naquele caso o controle será especial, neste, será integrado¹¹.

1.3. As características do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América

O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América ocorre na solução de litígio concreto em que uma das partes considere que a aplicação da lei implica em violação à Constituição e a competência para exame da compatibilidade da lei com a

⁸ MAURER, Hartmut. Jurisdição Constitucional *In: Contributos para o Direito do Estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 245.

⁹ *Ibidem*, p. 245-246.

¹⁰ *Ibidem*, p. 246.

¹¹ *Ibidem*, p. 246.

constituição e para a rejeição da lei é conferida a todos os juízes e cortes do Poder Judiciário¹².

Trata-se, tendo em vista os pares conceituais trabalhados, de controle difuso e incidental de constitucionalidade. Ao analisar a Constituição de 1891 e o modelo de controle de constitucionalidade por ela previsto, Ruy Barbosa ilustra bem como opera o controle difuso e incidental. Por isso se transcrevem suas palavras:

A inconstitucionalidade, portanto, não se adduz como alvo da acção, mas apenas como subsidio á justificação do direito, cuja reivindicação se discute.¹³

Embora todos os juízes e cortes possam examinar e rejeitar uma lei, por considerá-la inconstitucional, a Suprema Corte tem um papel central na interpretação da Constituição. Isso porque as competências não originárias da Suprema Corte federal estado-unidense exsurtem como uma solução no sentido de se uniformizar a interpretação da Constituição¹⁴. Está sob a sua jurisdição o reexame de decisões das *federal appellate courts* e das mais altas cortes estaduais (*superior courts* ou *district courts*, variando de acordo com o estado) em três hipóteses: por meio de apelo direto, *certiorari* e questões certificadas¹⁵. Por ser a primeira hipótese concernente apenas a questões eleitorais e a terceira à busca de interpretação adequada por cortes inferiores em casos concretos, apenas o *certiorari* será estudado de forma mais aprofundada no presente trabalho, nos próximos parágrafos, uma vez que mais comumente empregado para soluções de questões constitucionais¹⁶.

O acesso à Suprema Corte por meio do *certiorari* está previsto, dentre outros casos¹⁷, no Título 28, Parte IV, Capítulo 81, Seção 1254, 1 do "US Code":

“Julgamentos finais ou decretos proferidos pela mais alta corte de um estado no qual uma decisão pudesse ser tomada, pode ser revista pela Suprema Corte pela impetração de *certiorari* onde a validade de um tratado ou estatuto dos Estados Unidos está colocada em questão, ou onde a validade de um estatuto de qualquer estado está colocada em questão com fundamento de ela ser contrária à Constituição, aos tratados, ou às leis dos Estados Unidos, ou onde qualquer direito real, direito, prerrogativa ou imunidade esteja especialmente estabelecida ou pretendida sob a Constituição, sob os tratados, ou sob os estatutos dos Estados

¹² PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 24-29.

¹³ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa 7, 1893, p. 100

¹⁴ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 42.

¹⁵ *Ibidem*, p. 36.

¹⁶ *Ibidem*, p. 40.

¹⁷ *Ibidem*, p. 39

Unidos, ou qualquer função pública ocupada ou autoridade exercido sob os Estados Unidos.¹⁸

Além dos critérios estabelecidos no dispositivo do “US Code” transcrito, a Suprema Corte tem discricionariedade em decidir se processará, ou não, o *certiorari* com base em fatores que não precisa necessariamente justificar¹⁹.

Assim, mesmo que qualquer juiz ou corte do Poder Judiciário estado-unidense possa fazer a análise da constitucionalidade de uma lei, foi a jurisprudência da Suprema Corte, a partir da aceitação geral de seus precedentes, que moldou as características da decisão de inconstitucionalidade, especialmente, a sua eficácia. Aqui cabe salientar que não necessariamente a decisão da Suprema Corte vincula os demais tribunais, nem invalida a lei de maneira geral quando se decide pela sua inconstitucionalidade, mas, em virtude da aceitação geral de que são dotadas essas decisões, elas eventualmente estabelecem uma norma de aplicabilidade ampla em relação aos futuros litigantes²⁰.

1.4. Os efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade

Como visto nos itens anteriores, o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América é difuso, de modo incidental ao direito pleiteado. Dessa forma, a decisão de inconstitucionalidade de uma lei se dá no caso concreto, em que litigam judicialmente duas partes acerca dos pedidos formulados pelo autor, não sendo ela a questão de fundo, mas apenas subsídio para convencimento do juiz quanto ao direito pleiteado.

Por isso, em um primeiro momento, a eficácia subjetiva da decisão de inconstitucionalidade é *inter partes*, uma vez que a decisão não forma coisa julgada em relação a quem não foi parte do processo judicial. Contudo, diante da supremacia judicial da Suprema Corte, a aceitação geral de precedentes e a atenção dos juízes para a equidade das

¹⁸ No original: “Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States”. Disponível em: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title28-section1257&num=0&edition=prelim>. Visualizado em 06 de março de 2016.

¹⁹ PINHEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 38.

²⁰ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 214-215.

decisões, comumente as leis inconstitucionais deixam de ser aplicadas pelas demais cortes após decisão da Suprema Corte nesse sentido²¹.

1.5. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo

A eficácia temporal é uma questão que envolve uma análise mais aprofundada, pois, diante das características apontadas para a decisão de inconstitucionalidade, as hipóteses se multiplicam. Devem ser considerados, para tanto, a decisão do caso paradigmático, os casos futuros e também os casos julgados anteriormente ao julgamento modificador do entendimento que consideraram a lei válida. Além disso, outro fator que pode gerar diferentes conclusões acerca da aplicabilidade do precedente é a data do evento controvertido, se anterior ou posterior ao precedente de inconstitucionalidade.

1.5.1. Duas visões doutrinárias

Piñeiro²² aponta a existência de duas visões na jurisprudência da Suprema Corte. A primeira, defendida mais notoriamente pelo *Justice* Holmes, defende a retroatividade do precedente de inconstitucionalidade no caso julgado e nos casos futuros, não importando a data dos eventos. Ou seja, a decisão é retroativa, considerando a lei nula desde a sua promulgação.

Essa primeira visão está ligada à visão clássica, característica da ideia de que o Poder Judiciário apenas declara o Direito pré-existente, sendo o juiz instrumento que deve descobri-lo, e de que existe, para as questões de Direito Constitucional, uma única melhor resposta²³. A declaração de inconstitucionalidade é a descoberta de que o ato em questão não é lei e nunca existiu como tal²⁴. Rui Barbosa²⁵ afirma que tal nulidade decorre da incompetência material do Poder Legislativo ou do Poder Executivo em aprovar tal ato em desconformidade com os limites para exercício do respectivo poder previstos pela Constituição.

²¹ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 200, p. 46-48.

²² PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, 49 e seguintes.

²³ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 233.

²⁴ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 51.

²⁵ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893, p. 43.

A segunda visão, segundo Tribe, "*tem o sabor do positivismo legal*"²⁶ e leva em consideração a confiança que as pessoas, em seus atos, depositam no antigo precedente como Direito vigente e na expectativa de constitucionalidade das leis. Ou seja, considera o já mencionando efeito *erga omnes* da decisão²⁷. Além disso, reflete uma visão de que os juízes produzem o Direito a partir da interpretação dos dispositivos legais e constitucionais vigentes²⁸.

O voto do Justice O'Connor no caso *American Truck Associations Inc. v. Smith* reflete bem o pensamento dos defensores da prospectividade da decisão de inconstitucionalidade, considerando constitucional a taxa que se refere quando de sua cobrança, salientando a confiança depositada no antigo precedente:

À luz desses precedentes, os legisladores teriam boa razão em supor que as taxas HUE não violariam seus objetivos de manter a Constituição dos Estados Unidos, e a Suprema Corte do Estado teria toda razão de se considerar vinculada por aqueles precedentes para manter a taxa contra o questionamento de sua constitucionalidade.²⁹

As duas visões doutrinárias apresentadas foram empregadas pela Suprema Corte para decidir acerca da eficácia no tempo de suas decisões em diferentes fases no decorrer do Século XX, como se verá no item a seguir.

1.5.2. As três fases do entendimento da Suprema Corte

O entendimento da Suprema Corte quanto aos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade mudou com o passar dos anos, sendo identificáveis três fases distintas, com algumas diferenças entre as decisões de direito civil em relação às de direito criminal.

Na primeira fase, prevalecia o entendimento tradicional das cortes, pelo qual o efeito da decisão seria retroativo. Entretanto, a partir da segunda metade do século XX se passa à segunda fase. No caso *Linkletter v. Walker*, a Suprema Corte desenvolveu uma nova doutrina sob a qual poderia ser negado o efeito retroativo em casos de direito criminal. Argumentou-se

²⁶ No original: has the flavor of legal positivism. Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 234.

²⁷ A eficácia *erga omnes* ocorre na prática dos tribunais estado-unidenses e é a consequência da consideração da decisão da Suprema Corte como precedente aplicável em casos análogos, muito embora, como visto, a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia *inter partes*.

²⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 51-53.

²⁹ No original: "In light of these precedents, legislators would have good reason to suppose that enactment of the HUE tax would not violate their oath to uphold the United States Constitution, and the State Supreme Court would have every reason to consider itself bound by those precedents to uphold the tax against a constitutional challenge." Em: TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 234.

que a Constituição nada falava acerca do efeito temporal da decisão, sendo esta uma questão de política³⁰ a ser decidida caso a caso. Posteriormente, no caso *Stovall v. Denno*, o entendimento foi consolidado e foram definidos os critérios para a definição entre retroatividade e prospectividade dos efeitos da decisão: a finalidade a ser atingida com o novo padrão, no caso, a inconstitucionalidade da norma; a extensão da confiança das autoridades da lei nos padrões antigos; e o efeito na administração da justiça de uma aplicação retroativa³¹.

Alguns anos depois, no caso *Chevron Oil Co. V. Huson*, a Suprema Corte negou efeito retroativo para caso de natureza civil. Da mesma forma como em *Stovall v. Denno*, não se afirmou que a prospectividade era a regra geral, mas sim que devia ser sopesado, diante do caso concreto, os méritos e deméritos de se tomar uma decisão pela retroatividade, ou não, bem como devia ser considerada a equidade³².

A partir dos anos oitenta, houve uma nova guinada, iniciando a terceira fase. Desta vez, em direção ao entendimento tradicional de conferir, via de regra, efeito retroativo à decisão de inconstitucionalidade. Quanto aos feitos de natureza criminal, o caso *Griffith v. Kentucky* eliminou os limites à retroatividade, diferenciando no voto condutor a natureza da *judicial review* em relação à natureza da atividade legislativa, esta dotada da prerrogativa de escolher os efeitos de suas regras. O voto condutor ainda menciona a atenção à igualdade entre litigantes de casos semelhantes em diferentes processos³³.

Em relação aos casos de natureza civil, o julgamento *Chevron Oil Co.*, que estabelecia os fatores a serem considerados para decidir pela retroatividade ou não do precedente de inconstitucionalidade, foi superado em *Harper v. Virginia Department of Taxation*. Neste caso, foi aplicado retroativamente o precedente do caso *Davis v. Michigan Department of Treasury*, o qual invalidou uma lei estadual que taxava benefícios de aposentadoria pagos pelo governo federal. Assim, em *Harper*, a retroatividade do precedente *Davis* garantiu a devolução das taxas declaradas inconstitucionais e cobradas de aposentados do estado da Virgínia, não importando se os pagamentos são posteriores ou anteriores à decisão de *Davis*³⁴.

³⁰ Aqui, "política" é no sentido da palavra inglesa "policy", cuja tradução também se dá como "política" ou "programa", a fim de diferenciar de "politics" e "polity".

³¹ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 218-219.

³² *Ibidem*, p. 218.

³³ *Ibidem*, p. 219-220.

³⁴ *Ibidem*, 225-226.

É importante consignar que a Suprema Corte definiu, em *Harper*, que a retroatividade é a regra geral, o que não significa que não possa decidir que alguma outra decisão se aplicará inteiramente de forma prospectiva. Além disso, a corte não necessariamente determina como o ente federativo que aplicou a norma declarada inconstitucional remediará os prejuízos causados aos cidadãos afetados. Tomando-se o caso *Harper*, por exemplo, a decisão que declarou inconstitucionais as taxas cobradas pelo estado pelos benefícios de aposentadorias pagos pelo governo federal não necessariamente implica em que o estado da Virginia devolverá todo o dinheiro recebido, mas sim que, de alguma forma, compensará os prejuízos dos aposentados afetados³⁵.

Quanto à última fase, afirma Pamela Stephens³⁶ que a mudança no entendimento ocorrida entre a segunda e a terceira fase se deu em virtude de diferentes ideias de correção. Essas ideias passaram a ser, na nova doutrina da retroatividade, pós-*Griffith* e pós-*Harper*, a correção no sentido da proteção ao igual tratamento dos demandantes perante os tribunais, diferentemente do fundamento para a prospectividade, que era formado pela correção no sentido de confiança.

Além da proteção à igualdade, a nova doutrina da retroatividade deriva de uma visão que defende um papel mais restrito do Judiciário. Esta visão considera que os juízes e, em última instância, a Suprema Corte, não detêm as mesmas funções do Legislativo, a quem incumbe aprovar normas prospectivamente³⁷, e devem maior obediência aos precedentes e ao *stare decisis*.

1.5.3. Retroatividade e prospectividade na terceira fase

A partir das características da nova doutrina da retroatividade da Suprema Corte estado-unidense, apresentadas no item anterior como a terceira fase do entendimento da corte sobre a eficácia no tempo de suas decisões, Stephens aponta problemas que não foram solucionados pelas decisões que consagram a regra geral da retroatividade.

O primeiro problema diz respeito à necessidade de se decidir o que ocorre quando a corte não aplica a norma de direito federal às partes³⁸, ou seja, como resta garantida a

³⁵ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 226.

³⁶ STEPHENS, Pamela. *A nova doutrina da retroatividade: igualdade, confiança e stare decisis*. Trad. Pablo Giordano Bernardi Bombardelli. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 65-66.

³⁷ *Ibidem*, p. 67

³⁸ *Ibidem*, p. 76.

confiança no precedente ou no direito posto quando o precedente tem de ser derrubado³⁹. Outro problema reside no fato de que a Suprema Corte deixou confusas as circunstâncias sob as quais a retroatividade em casos de natureza civil pode ser derrubada⁴⁰.

Também a *justice* O'Connor tece questionamentos acerca da retroatividade. Primeiramente, por considerar os casos civis dotados de maior possibilidade de contextos do que os casos criminais, conclui que eles devem ter uma abordagem diferente daquela do caso *Griffith*⁴¹, até mesmo porque pode-se basear a retroatividade em casos de natureza penal em uma regra geral de retroatividade em benefício do réu. Saliente-se que o caso *Harper*, na fundamentação dos votos, deixa em aberto a possibilidade de aplicação não-retroativa da regra. Além disso, uma consideração absoluta da retroatividade pode afetar interesses de confiança privados e governamentais⁴².

Dessa forma, a fim de levar a cabo a investigação acerca da eficácia no tempo das decisões de inconstitucionalidade e tendo em vista as críticas mencionadas nos parágrafos anteriores, passa-se a analisar sob quais circunstâncias a regra geral de retroatividade das decisões, consagrada em *Griffith* e em *Harper*, restaria afastada no caso concreto.

Primeiramente, a superação da presunção de retroatividade é limitada pela definitividade das decisões transitadas em julgado. Para além desse caso, a referida presunção poderia ser vencida por argumentos baseados na proteção à confiança dos afetados pela aplicação retroativa, a qual deve ser, no caso concreto, ponderada com os benefícios da aplicação retroativa da decisão no caso concreto⁴³. Para tanto, deve ser analisada o quão bem estabelecida estava a regra no direito anterior ou se havia fundamento ou falta de clareza que

³⁹ Sobre os fatores a se levar em consideração para a superação de precedentes, ver TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 239-240: “A Suprema Corte, por exemplo, pergunta ‘se a regra provou-se intolerável simplesmente em resistir à funcionalidade prática’; ‘se princípios de direito relacionados se desenvolveram até o momento de modo a deixar a regra antiga não mais que um resquício de doutrina abandonada’; ‘se os fatos mudaram ou vieram a ser vistos de forma diferente como se roubado da regra antiga aplicação significativa ou justificação’; ou ‘se a regra é sujeita a um tipo de confiança que emprestaria uma especial dificuldade para as consequências da superação e adicionaria inequidade para os custos da refusa’”. No original: “The Court, for example, asks ‘whether the rule has proved to be intolerable simply in defying practical workability’; ‘whether related principles of law have so far developed as to have left the old rule no more than a remnant of abandoned doctrine’; ‘whether the facts have so changed or come to be seen differently as to have robbed the old rule of significant application or justification’; or ‘whether the rule is subject to a kind of reliance that would lend a special hardship to the consequences of overruling and add inequity to the costs of repudiation’.”

⁴⁰ STEPHENS, Pamela. *A nova doutrina da retroatividade: igualdade, confiança e stare decisis*. Trad. Pablo Giordano Bernardi Bombardelli. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 65.

⁴¹ *Ibidem*, p. 78.

⁴² *Ibidem*, p. 77-78.

⁴³ *Ibidem*, p. 81.

pudesse produzir uma mudança. Ou seja, o quão justificada era a confiança na regra anterior⁴⁴.

2. O Controle de Constitucionalidade na Alemanha

2.1. Breve Histórico⁴⁵

A Lei Fundamental de Bonn, Constituição da República Federal da Alemanha, entrou em vigor em 1949 e, posteriormente, com a reunificação, passou a ser aplicável no território da antiga República Democrática Alemã. Surgiu, portanto, nos anos do pós-guerra, com a derrota no nazismo e inspirada a prevenir contra a ascensão de regimes totalitários⁴⁶.

Além do contexto histórico da queda do nazismo, nos anos que antecederam a entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn, ocorreram os debates acerca da competência para o controle de constitucionalidade das leis entre Carl Schmitt, com o seu escrito "O Guardião da Constituição", de 1931, e Hans Kelsen, com seu artigo "Quem deve ser o guardião da Constituição"⁴⁷, datado do ano de 1931. Este advoga em favor do controle judicial de constitucionalidade, ou seja, por uma instituição diferente daqueles cujos atos devem ser controlados em sua conformidade com a Constituição, enquanto Schmitt defende, a partir da obra de Benjamin Constant, que o chefe de Estado detém o poder neutro e representa a "unidade nacional", sendo titular, portanto, de tal competência.

Kelsen, então, repudia a tese schmittiana, apontando incongruências e o caráter ideológico do texto referido⁴⁸, reiterando o caráter jurisdicional da jurisdição constitucional e

⁴⁴ STEPHENS, Pamela. *A nova doutrina da retroatividade: igualdade, confiança e stare decisis*. Trad. Pablo Giordano Bernardi Bombardelli. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, p. 82-83.

⁴⁵ Acerca do caráter jurisdicional do Tribunal Constitucional Federal, ver itens 1.1 e 1.2, p. 47 e 48, na segunda parte deste trabalho.

⁴⁶ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 83.

⁴⁷ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 237.

⁴⁸ Cf. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 242: "Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade? A objeção de que se trata de uma intolerável contradição seria totalmente descabida, pois seria aplicar a categoria do conhecimento científico (ciência jurídica ou teoria do Estado) àquilo que só pode ser entendido como ideologia política." Também: *Ibidem*, p. 250: "Tais argumentos partem de um pressuposto errôneo de que entre funções jurisdicionais e funções políticas existiria uma contradição essencial, e que particularmente a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais seria um ato político, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional." E também: *Ibidem*, p. 251: "A opinião de que somente a legislação seria política - mas não a "verdadeira" jurisdição - é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses

da atividade de controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo. A seguinte passagem é ilustrativa do que defende o jurista austríaco:

Pois bem, tudo que se pode dizer do ponto de vista de um exame de orientação teórica é que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecera ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um tribunal, que sua função não seja jurisdicional.⁴⁹

Também, na seguinte passagem, Kelsen discorre sobre caracteres comuns entre decisão judicial e lei, o que fundamenta a possibilidade do controle normativo por um tribunal:

Pois bem, é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção de direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da decisão não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também - e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter político.⁵⁰

Em que pese teoricamente instigante, não é objeto deste trabalho uma investigação mais profunda acerca dos argumentos expostos nos parágrafos anteriores. Eles servem, nesse contexto, para demonstrar o ideário que permeou os debates e o suporte teórico do modelo constitucionalmente instituído para o controle de constitucionalidade na Alemanha, com a finalidade de melhor entender a questão da eficácia das decisões exaradas pelos órgãos competentes para tanto. Prossegue-se, então, com a exposição do controle de constitucionalidade previsto na Lei Fundamental de Bonn

2.2. O controle de constitucionalidade na Lei Fundamental de Bonn

Segundo Hartmut Maurer⁵¹, a criação, pela Lei Fundamental, de um tribunal constitucional com competência ampla representou uma ruptura em relação à época de Weimar. Esse tribunal, que é órgão constitucional e cuja jurisprudência toma parte na formação da vontade estatal total, decide com independência judicial a partir de critérios jurídico-constitucionais acerca de questões politicamente debatidas.

contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter "político" que possui – ainda em que maior medida – a legislação. Entre caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa.”

⁴⁹ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 253.

⁵⁰ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 258-259

⁵¹ MAURER, Hartmut. *Jurisdição Constitucional*. In: *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 218.

O controle normativo de leis ocorre perante o Tribunal Constitucional Federal e pode ser abstrato ou concreto. O controle normativo concreto se encontra previsto no art. 100, (1) e abstrato no art. 93, (1), 2, ambos da Lei Fundamental de Bonn:

“Art. 93, [Competência do tribunal constitucional federal]

O tribunal constitucional federal decide:

2. em divergência de opiniões ou dúvidas sobre a compatibilidade formal e material de direito federal ou direito estadual com esta lei fundamental ou a compatibilidade de direito estadual com outro direito federal, por solicitação do governo federal, de um governo estadual, ou de um terço dos membros do parlamento federal.

Art. 100. [Controle normativo]

(1) Se um tribunal considera uma lei, de cuja validade trata-se na decisão, inconstitucional, então o procedimento deve ser suspenso e, se se trata da violação da constituição de um estado, ser pedida a decisão do tribunal do estado competente para litígios constitucionais, se se trata da violação desta lei fundamental, a decisão do tribunal constitucional federal. Isso também vale quando se trata da violação desta lei fundamental pelo direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.”⁵²

Para que o ocorra o controle normativo abstrato, basta uma solicitação de exame da constitucionalidade de leis formais estaduais ou federais, pré ou pós-constitucionais, de leis que alterem a Lei Fundamental, de regulamentos jurídicos e de estatutos feita pelo governo federal, um governo estadual ou um terço do parlamento federal⁵³, de acordo com o art. 93, (1), 2, da Lei Fundamental de Bonn. Neste tipo de controle, o procedimento de objeção é objetivo. Isso quer dizer que não há discussão acerca de direitos subjetivos e tampouco há oponente, existindo apenas a possibilidade de defesa da constitucionalidade da lei por algum dos órgãos constitucionais da federação⁵⁴.

A solicitação de exame é direcionada para o Tribunal Constitucional Federal no caso de alegado conflito do direito federal ou do direito estadual em relação à Lei Fundamental e, no caso de conflito do direito estadual em relação à constituição estadual, o direcionamento é o tribunal constitucional do estado-membro da federação.

No controle normativo concreto, por sua vez, há uma distinção entre a competência para exame da constitucionalidade da norma e a competência para a rejeição. Os tribunais detém, de modo geral, a competência para exame, sendo que a competência para a rejeição é

⁵² HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 140.

⁵³ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012, p. 129-130.

⁵⁴ MAURER, Hartmut. *Jurisdição Constitucional*. In: *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 247-248.

concentrada no tribunal constitucional. A competência para exame do tribunal do processo ocorre quando ele deve examinar a constitucionalidade da lei e, se a considera compatível, deve aplicá-la, caso contrário deve suspender o procedimento e pedir a decisão do tribunal constitucional, é o chamado dever de apresentação⁵⁵.

A apresentação é o dever que têm os tribunais de encaminhar de ofício ao tribunal constitucional demanda que dependa da resolução da questão jurídico-constitucional⁵⁶, quando considerar como inconstitucional uma lei que, caso fosse considerada válida, alteraria a decisão⁵⁷. Para que a apresentação ocorra, devem estar preenchidos os requisitos do art. 100, (1) da Lei Fundamental. São eles a autorização jurídica, a qual detêm todos os tribunais estatais e somente os tribunais estatais⁵⁸; a pertinência do objeto, ou seja, leis formais e pós-constitucionais, prescrições de constituições estaduais, leis que aprovam contratos entre entes federados e contratos de direito internacional público⁵⁹; a convicção de anticonstitucionalidade fundamentada fática e juridicamente⁶⁰; e a relevância da decisão da questão quanto à validade da norma para a resolução da demanda concreta ajuizada⁶¹.

Diferentemente do controle abstrato, que sujeita qualquer norma jurídica ao seu controle, na hipótese de controle concreto de constitucionalidade pelo dever de apresentação judicial somente leis federais e estaduais pós-constitucionais estão sujeitas à apresentação. Isso, porque o controle concreto se justifica na competência do Tribunal Constitucional Federal em impedir que cada julgador individual passe por cima da vontade do legislador⁶², não podendo, portanto, o julgador de grau inferior deixar de aplicar normas infralegais por considerá-las em desconformidade com as normas de hierarquia superior.

A outra hipótese de provocar o Tribunal Constitucional Federal para o controle de constitucionalidade é através do Recurso Constitucional, disciplinado pelo artigo 93, I, 4a da

⁵⁵ MAURER, Hartmut. *Jurisdição Constitucional. In: Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 258.

⁵⁶ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 90.

⁵⁷ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012, p. 132.

⁵⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 91.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 91.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 91-92.

⁶¹ *Ibidem*, p. 92.

⁶² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998, p. 497.

Lei Fundamental de Bonn e pelos parágrafos 90 a 95 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal⁶³.

Por ser oportuno para a conceituação do recurso constitucional, transcreve-se o dispositivo constitucional que o regula:

“Art. 93. [Competência do tribunal constitucional federal]

(1) O tribunal constitucional federal decide:

4a. sobre recursos constitucionais, que podem ser promovidos por cada um com a afirmação de estar violado pelo poder público em um dos seus direitos fundamentais ou em um dos seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigos 33, 38, 101, 103 e 104 da lei fundamental”⁶⁴

Diante disso, Hartmut Maurer aponta uma dupla função do recurso constitucional, quais sejam, por um lado, a proteção dos direitos fundamentais do cidadão e, por outro lado, o aperfeiçoamento do direito constitucional objetivo. Assim, há uma complementação do controle concreto de constitucionalidade realizado através do dever de apresentação, uma vez que, quando o tribunal do processo se recusa a apresentar a questão, o indivíduo pode promover subsidiariamente, e como último meio para proteção especial dos direitos fundamentais, o recurso constitucional⁶⁵.

Da regulamentação legal se observa o caráter subsidiário do recurso constitucional. Ou seja, qualquer cidadão que afirmar estar violado pelo poder público em um de seus direitos fundamentais ou aqueles elencados no art. 93, I, 4a da Lei Fundamental de Bonn pode promover o recurso constitucional ao tribunal constitucional federal desde que tenham sido esgotadas as demais vias jurídicas⁶⁶. Mesmo com caráter subsidiário, o recurso constitucional é o procedimento mais comum na atividade do tribunal constitucional federal⁶⁷.

Diante das dificuldades em se determinar quando há de fato o esgotamento das demais vias jurídicas, Hartmut Maurer⁶⁸ apresenta uma distinção didática existente na literatura jurídica entre o “recurso constitucional contra uma sentença” e o “recurso constitucional

⁶³ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-112.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 140.

⁶⁵ MAURER, Hartmut. *Jurisdição Constitucional*. In: *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 265.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Acerca da atividade do tribunal constitucional, ver quadro estatístico em: HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012, p. 118.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 266.

contra um preceito jurídico”. Assim, o primeiro caso é mais frequente no tribunal constitucional federal, pois já é em decorrência do esgotamento da via jurídica, e o segundo ocorre quando o cidadão é imediatamente afetado por uma lei, ou por outro preceito jurídico não questionável em instâncias inferiores⁶⁹, em seus direitos fundamentais.

2.3. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei no controle concreto realizado através da apresentação são semelhantes àqueles do controle abstrato, sendo a norma prevista no § 78 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal⁷⁰ aplicável. Dessa forma, o efeito é vinculativo-universal e, quanto à eficácia temporal, a regra geral é a declaração de nulidade da lei, tendo como consequência a sua eliminação e a retirada de fundamento dos atos jurídicos dela decorrentes, atuando fundamentalmente *ex tunc*⁷¹.

Quanto à decisão em sede de Recurso Constitucional, deve-se partir da distinção didática apresentada no ponto anterior. Quando se tratar de Recurso Constitucional contra um preceito jurídico, a regra geral também é a nulidade com vinculatividade universal. Já no caso de Recurso Constitucional contra uma sentença, ele pode se basear no fato de que a decisão como tal infringe um direito fundamental, ou então que a interpretação de uma lei constitucional se deu de forma contrária à Constituição. Nessas duas hipóteses a sentença é anulada pelo tribunal constitucional e remetida para o tribunal competente para uma nova decisão. Contudo, se o Recurso Constitucional é contra uma sentença que se baseia em lei anticonstitucional, a decisão do Tribunal Constitucional segue a regra do § 78 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, com a declaração de nulidade da lei⁷².

⁶⁹ Ver MAURER, p. 267: “Assim, não entram em consideração, por exemplo, geralmente, atos administrativos. Como eles podem ser impugnados diante dos tribunais administrativos ou outros tribunais, não pode o afetado atacar eles, mas, no máximo, a decisão judicial de última instância, que certifica o ato administrativo, com o recurso constitucional.”

⁷⁰ Ver: HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 103: “§ 78. [Declaração de nulidade de leis] Se o tribunal constitucional federal chega à convicção, que o direito federal é incompatível com a lei fundamental ou direito estadual, com a lei fundamental ou outro direito federal, então ele declara essa lei nula. São outras determinações da mesma lei, pelos mesmos fundamentos, incompatíveis com a lei fundamental ou com outro direito federal, então pode o tribunal constitucional federal declará-las nulas.”

⁷¹ MAURER, Hartmut. *Jurisdição Constitucional*. In: *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 250 e HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998, p. 500, n.m. 688.

⁷² MAURER, Hartmut. *Jurisdição Constitucional*. In: *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 269-270.

Até aqui foi apresentada a regra geral quanto à eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade, que é a declaração de nulidade com efeitos *ex tunc*. Não obstante, com frequência ocorrem situações que escapam da regra do § 78 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Isso se deve ao fato de que de uma decisão de inconstitucionalidade que declara a lei nula desde a sua entrada em vigor podem decorrer inúmeros problemas, os quais podem até aprofundar a situação contrária à Constituição. Parte desses problemas são resolvidos pelo disposto no § 79⁷³ da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, que determina que permanecem intactas decisões não mais recorríveis, exceto condenações penais baseadas em norma declarada incompatível ou nula, e atos administrativos com força de existência⁷⁴.

Para além dos casos do § 79 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, diante de inconvenientes de se declarar a nulidade no caso concreto, o Tribunal Constitucional Federal pode renunciar à declaração de nulidade podendo somente declarar a anticonstitucionalidade da norma, a qual terá sua aplicabilidade suspensa até que sobrevenha nova lei tratando da matéria, ou então pode obrigar o dador de leis a editar nova regulação sobre a matéria, permanecendo aplicável aquela que padece de defeito jurídico-constitucional no prazo em que o tribunal estipular⁷⁵.

Saliente-se que, embora seja a regra geral, Hartmut Maurer aponta que a declaração da nulidade acaba ocorrendo na menor parte dos casos⁷⁶. Contudo, para se afastar a regra geral do § 78 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, deve-se argumentar quanto às consequências jurídico-constitucionais negativas que afastariam a declaração de nulidade, e não unicamente de circunstâncias fáticas⁷⁷.

Para resolver o conflito entre a declaração de nulidade da lei contrária à Constituição e os problemas jurídico-constitucionais dela decorrentes, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu outras fórmulas decisórias, para além daquelas previstas nos parágrafos 78 e 79 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal⁷⁸, conforme os itens seguintes.

⁷³ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 103.

⁷⁴ MAURER, Hartmut. *Jurisdição Constitucional*. In: *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 252.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 253-255.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 251.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 255.

⁷⁸ HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 124, out/dez 1994, p. 129.

2.3.1. Nulidade parcial

As primeiras duas fórmulas mantêm a nulidade, porém ela não se aplica sobre toda a lei. Há nulidade parcial quantitativa quando o Tribunal Constitucional declara inconstitucional um parágrafo, alínea, frase ou parte de frase, e há nulidade parcial qualitativa quando o âmbito de aplicação da lei é declarado nulo em relação a determinados casos, sem redução do texto⁷⁹.

2.3.2. Declaração de incompatibilidade

Quando a declaração de nulidade é mais grave do que a incompatibilidade da lei examinada com a Constituição, ou então quando é dado ao legislador várias formas de sanar a incompatibilidade, o Tribunal Constitucional pode se limitar à declaração de incompatibilidade. Essa fórmula visa a garantir a liberdade de conformação do legislador e pode ter como consequência a suspensão da aplicação da lei nos tribunais e na administração, ou, excepcionalmente, a validade da lei declarada incompatível por um período transitório⁸⁰.

No sentido da declaração de incompatibilidade, é a decisão Tribunal Constitucional Federal BVerGE 83, 130, 154 que declarou constitucionalmente inadequado o § 9, 2 da Lei sobre a divulgação de escritos que ameaçam a juventude (*Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften*), dispositivo da lei que previa como seria formado o Órgão Federal de Supervisão, competente para indexar as obras literárias. No caso concreto, uma editora, após esgotadas as vias jurídicas em que visava a afastar a classificação indicativa em livro que descrevia experiências sexuais da personagem principal, ingressou com Recurso Constitucional postulando a declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, por violação à liberdade artística. Em tal decisão, o primeiro senado do Tribunal Constitucional Federal teve de ponderar entre os bens jurídicos da liberdade artística e da proteção moral de crianças e jovens, levando em consideração a regulação do Órgão Federal de Supervisão⁸¹.

Diante disso, por considerar demasiadamente vaga as prescrições da lei, que não determinava os critérios a serem seguidos para a nomeação de membros para o Órgão Federal de Supervisão, deixando a possibilidade de que os membros de tal órgão fundamentassem suas decisões em visões de mundo e em crenças religiosas, o Tribunal Constitucional Federal

⁷⁹ HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 124, out/dez 1994, p. 129 e 130.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 130.

⁸¹ DEUTSCHLAND, BVerfGE 83, 130, 154.

decidiu que a lei era anticonstitucional em 27 de novembro de 1990. Contudo, o tribunal considerou que a declaração da nulidade da lei, bem como a suspensão de seus efeitos de imediato acarretaria em que não teria lugar qualquer exame dos escritos que põe em perigo a juventude, o que também seria uma situação inconstitucional, uma vez que a proteção a crianças e adolescentes também está prevista na Lei Fundamental. Por isso, permitiu o Tribunal Constitucional Federal a aplicação do § 9, 2 da Lei sobre a divulgação de escritos que ameaçam a juventude até que fosse aprovada uma nova legislação, não mais do que até 31 de dezembro de 1994⁸².

2.3.3. Decisão-apelo

Também com a finalidade de garantir o respeito à liberdade de conformação do legislador, o Tribunal Constitucional pode exarar uma “decisão-apelo”. Ela ocorre nos casos em que o tribunal identifica um defeito jurídico-constitucional, decorrente de considerações pragmáticas acerca de mudanças nas circunstâncias de fato ocorridas desde a entrada em vigor da norma, ou seja, uma mudança no mundo dos fatos que fez com que a norma, antes constitucional, passasse a apresentar incompatibilidade com a Constituição. Nesses casos, o Tribunal Constitucional notifica o legislador a remover o defeito jurídico-constitucional, estipulando, ou não, um prazo para tanto⁸³.

2.3.4. Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição pode ser aplicada pelo Tribunal Constitucional ao declarar certas possibilidades de interpretação da norma como incompatíveis⁸⁴, mantendo a unidade do ordenamento e a presunção de validade da lei. Por último, a fórmula da interpretação orientada pela Constituição diz que deve ser escolhida, dentre diferentes possibilidades, aquela que mais se aproxima com o conteúdo da Constituição, como forma de otimizar as normas constitucionais e de considerar a aplicação do direito vigente também como realização dos direitos fundamentais, sem questionar a constitucionalidade da norma de hierarquia inferior⁸⁵.

As fórmulas e a decisão descritas nos parágrafos anteriores demonstram que, diante da incidência de consequências jurídico-constitucionais que falem em contrário à declaração de

⁸² DEUTSCHLAND, BVerfGE 83, 130, 154.

⁸³ HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 124, out/dez 1994, p. 131.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 131.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 132.

nulidade com efeitos *ex tunc*, a proteção de bens jurídicos pode justificar o afastamento da regra do § 78 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Em tais casos, ponderam-se os argumentos a favor e contra a nulidade, podendo haver a declaração de anticonstitucionalidade parcial, sem nulidade da norma violadora, com efeitos prospectivos ou, até mesmo, com efeitos posteriores à data de prolação da decisão.

3. O Controle de Constitucionalidade na Áustria

3.1. Breve Histórico

A Constituição austríaca atualmente vigente, foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 1º de outubro de 1920 e prevê um Estado federativo, organizado com um órgão central, a União, e órgãos locais, os estados⁸⁶. Posteriormente, na década de trinta, foram feitas emendas à Constituição sob um regime semifascista e, alguns anos depois, a Áustria foi anexada à Alemanha nazista, de modo que passou a vigor a constituição alemã⁸⁷.

Hans Kelsen⁸⁸ aponta alguns problemas jurídico-constitucionais que haviam sido percebidos nos anos que antecederam à aprovação da Constituição austríaca de 1920, no que diz respeito à Jurisdição Constitucional. O primeiro problema era a grande limitação de análise da conformidade das leis com a Constituição, que existia em virtude do fato de que o controle de constitucionalidade das leis podia ser feito somente quanto à adequada publicação da lei, ou seja, apenas no aspecto formal. Um segundo problema, cuja solução que ensejou debates pela Assembleia Nacional Constituinte, foi a legitimidade para se propor a revisão judicial da legislação, restando descartadas as propostas de conceder a todo cidadão o direito de propor a revisão e de se instituir o cargo de promotor geral⁸⁹.

Os outros problemas que a Constituição austríaca buscou resolver foram o perigo de falta de uniformidade em questões constitucionais⁹⁰ e a incerteza quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade⁹¹. A falta de uniformidade decorre do fato de que, antes de 1920, o tribunal ordinário mais alto (*Oberster Gerichtshof*) não decidia de forma vinculante e obrigatória quanto à constitucionalidade de uma lei ou decreto, ou seja, os tribunais inferiores

⁸⁶ KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 7.

⁸⁷ KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade. In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 237.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 301 e seguintes.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 316.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 304.

⁹¹ *Ibidem*, p. 311.

podiam continuar aplicando a lei declarada inconstitucional pelo *Oberster Gerichtshof*. Além disso, de forma a reforçar o problema da falta de uniformidade, em vários países europeus, as autoridades administrativas deviam obediência às leis, não podendo interpretar a Constituição, de modo que deviam seguir mesmo a lei que havia sido declarada inconstitucional pelos tribunais, pois estes não tinham poder de fazer cessar a vigência das leis. Outro elemento a conferir falta de uniformidade era a existência concomitante de cortes ordinárias e cortes administrativas, que, inexistente órgão que concentrasse o controle de constitucionalidade, podiam ter entendimento diverso quanto à constitucionalidade das mesmas leis⁹². Já a incerteza quanto aos efeitos da decisão que declarava a inconstitucionalidade de uma lei ocorria em virtude da ausência de uma disposição da Constituição, tendo como consequência a dúvida acerca da retroatividade ou prospectividade e acerca da repristinação da lei anterior, derogada pela lei inconstitucional⁹³.

No item seguinte, em que se analisará o controle de constitucionalidade no marco da Constituição austríaca de 1920, serão abordadas as respostas dadas aos problemas apresentados, como a centralização da revisão judicial de leis no Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), que tem o poder de anular a lei que considere inconstitucional, retirando-a do ordenamento jurídico para todos os casos futuros.

3.2. O controle de constitucionalidade no marco da Lei Constitucional-Federal Austríaca de 1920 e da Lei do Tribunal Constitucional de 1953

A Constituição austríaca prevê a competência do Tribunal Constitucional para julgar sobre a anticonstitucionalidade no todo ou em parte, de uma lei federal ou estadual. O controle de constitucionalidade se dá por meio de solicitação de uma série de legitimados, segundo rol previsto no artigo 140, alínea 1 da Lei Constitucional-Federal Austríaca de 1920. São eles o tribunal administrativo, ou um tribunal administrativo independente, o tribunal supremo (*Oberster Gerichtshof*), um tribunal chamado à decisão em segunda instância e a secretaria de adjudicação nacional. Também pode solicitar o exame da compatibilidade de lei com a Constituição uma pessoa que afirme ser imediatamente violada pela anticonstitucionalidade em seus direitos. Ainda, podem solicitar o controle quanto a uma lei federal, um governo estadual, um terço dos membros do conselho nacional e um terço dos membros do conselho federal. Quanto a uma lei estadual, um terço dos membros do

⁹² KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade. In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 304.

⁹³ *Ibidem*, p. 311 e 317.

parlamento estadual e o governo federal podem solicitar o exame da anticonstitucionalidade⁹⁴.

Além da solicitação, o Tribunal Constitucional pode se manifestar acerca da constitucionalidade de uma lei a partir da interposição de Recurso Constitucional na forma do artigo 144 da Lei Constitucional-Federal Austríaca de 1920. Tal recurso é cabível contra decisões de autoridades administrativas, inclusive de tribunais administrativos independentes, após o esgotamento das vias de recurso, quando o promovente do recurso afirma estar sendo violado em um direito garantido pela Constituição ou pela aplicação de uma lei anticonstitucional⁹⁵.

A procedência do Recurso Constitucional implica na anulação da decisão impugnada, obrigando as autoridades administrativas a adequar juridicamente suas medidas ao decidido pelo Tribunal Constitucional, que devem deixar de aplicar a lei anticonstitucional, se for o caso⁹⁶. Ainda, segundo o artigo 140, alínea 3 da Lei Constitucional-Federal Austríaca de 1920, o Tribunal Constitucional pode anular de ofício uma lei como anticonstitucional quando tiver que aplicá-la ao assunto pendente⁹⁷. Ou seja, se o Recurso Constitucional versar sobre uma decisão que aplica uma lei anticonstitucional, esta lei pode ser anulada pelo Tribunal Constitucional.

3.3. Os efeitos da decisão de anticonstitucionalidade

A decisão do Tribunal Constitucional que declara uma lei anticonstitucional é vinculante a todos os tribunais e autoridades administrativas a partir da publicação da decisão, segundo o artigo 140, alínea 7 da Lei Constitucional-Federal Austríaca de 1920⁹⁸. Ademais, com a anulação da lei, por anticonstitucional, as determinações legais que haviam sido revogadas pela nova lei anticonstitucional entram em vigor novamente, se o Tribunal Constitucional não decidir de outro modo⁹⁹. O constituinte austríaco apontou uma solução para o problema de como passa a ser regulada a matéria antes abrangida no âmbito da lei

⁹⁴ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 123.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 131.

⁹⁶ Ver § 87 da Lei do Tribunal Constitucional de 1953 em HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

⁹⁷ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 124.

⁹⁸ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 125.

⁹⁹ Ver alínea 6 do artigo 140 da Lei Constitucional-Federal Austríaca de 1920, em HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 125.

anulada por ser anticonstitucional, apontando a regra geral de repristinação da lei anterior, que pode ser afastada pelo Tribunal Constitucional diante de circunstâncias do caso concreto.

Quanto aos efeitos temporais da decisão de anticonstitucionalidade, o constituinte austríaco de 1920 também tratou de solucionar expressamente o problema. Segundo as alíneas 5 e 7 do artigo 140 da Lei Constitucional-Federal Austríaca de 1920, a lei é anulada com efeitos prospectivos, entrando em vigor a decisão no dia seguinte à publicação. O Tribunal Constitucional pode, ainda, decidir por estipular um prazo em que a lei ainda permanece vigente, por até dezoito meses¹⁰⁰.

Para o caso motivador da anulação da lei, os efeitos da anticonstitucionalidade retroagem. Além desse caso, o constituinte deixa em aberto a possibilidade para o Tribunal Constitucional conferir efeitos retroativos à sua decisão na segunda frase da alínea 7, do artigo 140 da Lei Constitucional-Federal Austríaca de 1920: *“A todos os tipos realizados antes da anulação, com exceção do caso motivador, a lei, contudo, deve ser aplicada mais além, a não ser que o tribunal constitucional declare outra coisa em sua decisão anuladora”*¹⁰¹.

Quanto à estipulação de um prazo em que a lei permanece vigente, com declaração de incompatibilidade, o Tribunal Constitucional austríaco decidiu e apresentou critérios para que a suspensão dos efeitos da lei não fosse imediata na decisão da solicitação G 20/2015-13, G 281/2015-8. A referida solicitação foi apresentada por empresas de seguros que alegaram ser diretamente lesadas em seus direitos constitucionalmente garantidos, em virtude do § 67 da Lei de Técnicas Genéticas (GTG). Referido dispositivo legal proibia a coleta, divulgação, exigência, aceitação ou qualquer outra forma de exploração de análises genéticas dos segurados, ou dos pretendentes a adquirir um seguro, por parte das seguradoras¹⁰².

As empresas alegaram violação ao direito de propriedade e à liberdade negocial (*Erwerbsfreiheit*), pois a vedação total ao uso de análises genéticas afetaria a liberdade dos seguradores em escolher as condições sob as quais fecharão contratos. Os autores da solicitação afirmaram que existia falta de adequação da medida prevista pela lei, com o objetivo pretendido pelo legislador ao editá-la, qual seja, a proteção da esfera privada genética do cidadão. Isso, porque até mesmo a informação voluntária era vedada, bem como

¹⁰⁰ HECK, Luís Afonso. Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 125.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Verfassungsgerichtshof, G 20/2015-13, G 281/2015-8.

porque a privacidade individual poderia ser protegida pela proibição da divulgação dos dados e não de sua mera coleta¹⁰³.

Em sentido contrário ao pleito das empresas de seguro, pesam a proteção à esfera privada genética dos cidadãos e o direito de não saber. O conceito deste diz respeito à proteção da pessoa que não deseja viver com a informação de uma eventual predisposição genética a contrair determinada doença¹⁰⁴.

O Tribunal Constitucional, então, pondera os argumentos para verificar se as empresas de seguro podem obter informações por análises genéticas de laboratório. Considera-se que a troca de informações é fundamental para os contratantes, sendo, no caso concreto, para uma seguradora, importantes os dados que facultem a ela calcular os riscos. Diante de tais argumentos, conclui que a proibição total extrapolou a discricionariedade concedida ao legislador de conformar entre a proteção dos dados genéticos e a liberdade de contratar das empresas de seguros. Além disso, a proibição total era inadequada, pois visava a proteger a informação genética contra a sua divulgação, mas acabava por proibir a obtenção em si da informação¹⁰⁵.

Ao final, o tribunal opta por determinar que a suspensão do § 67 da Lei de Técnicas Genéticas só entra em vigor em quatorze meses após a prolação da decisão. Pondera, para assim decidir, entre a necessidade de se fazer uma diferenciação entre as variadas técnicas de análise genética existentes, preditivas, que encontrariam predisposições para doenças, e não-preditivas, que só encontrariam as doenças já existentes. Ademais, a manutenção da vigência da lei declarada incompatível se justifica pela necessidade de proteção de outras informações genéticas além do estado de saúde que podem ser obtidas por análise genética, como o parentesco, origem étnica e más predisposições a doenças. Uma regulação do uso e da propriedade de dados genéticos se faz necessária, para que, de maneira adequada, o legislador conforme entre a proteção da esfera privada genética e o direito de não saber, por um lado, e a liberdade negocial e de propriedade das empresas de seguro, por outro lado¹⁰⁶.

¹⁰³ ÖSTERREICH, Verfassungsgerichtshof, G 20/2015-13, G 281/2015-8.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 57 e seguintes.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 64 e seguintes.

4. O controle de constitucionalidade no Brasil

4.1. Breve histórico

Com a Constituição republicana de 1891, foi instituído no Brasil o controle de constitucionalidade. A inspiração de então era estado-unidense, logo a verificação da conformidade da lei com a Constituição era do tipo difuso e incidental, sendo a questão da constitucionalidade da lei era argumentada em juízo como subsídio se obter a tutela judicial do direito reivindicado em uma lide entre indivíduos. A sentença, nesse contexto, não revogava o ato inconstitucional de outros poderes, mas sim proferia decisão quanto ao litígio concreto levado a juízo pelas partes, sendo a inconstitucionalidade da lei um fundamento para se deixar de aplicar o ato normativo, aplicando-se diretamente a Constituição¹⁰⁷.

No controle difuso de constitucionalidade brasileiro, realizado sob a égide da Constituição de 1891, a eficácia subjetiva da decisão era *inter partes*, uma vez que o dispositivo da sentença versava apenas sobre o caso particular, sendo executável entre os litigantes, não se declarando a nulificação em tese do ato normativo¹⁰⁸. Quanto à eficácia temporal, defendia Ruy Barbosa a nulidade da lei contrária à Constituição, por não poder ser considerado lei o ato do Poder Legislativo que ultrapassa a delimitação de sua autoridade conferida pela Constituição¹⁰⁹.

Nessa época o papel do Supremo Tribunal Federal era, por meio do julgamento de apelos de decisões da Justiça Federal e de Recursos Extraordinários das decisões exaradas pelas justiças estaduais, assegurar a aplicação unívoca e ser o intérprete final da Constituição de 1891, mesmo que as decisões fossem proferidas em cada caso concreto e com eficácia *inter partes*¹¹⁰.

Posteriormente, a Constituição de 1934 alterou o procedimento do controle difuso de constitucionalidade nos tribunais, dispondo que as decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei deveriam ser proferidas por quórum de maioria absoluta dos membros do tribunal, continuando os juízes singulares com tal competência. A referida

¹⁰⁷ Ver: SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 52-53, e PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 137 e seguintes.

¹⁰⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 139-141.

¹⁰⁹ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa 7, 1893, p. 42-44.

¹¹⁰ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 149.

disposição foi mantida nas constituições brasileiras posteriores, com o acréscimo da possibilidade de se estatuir órgão especial competente para declarar a inconstitucionalidade de lei, segundo a Emenda Constitucional número 7 de 1977¹¹¹.

Outra alteração promovida pela Constituição de 1934 foi a possibilidade de o Senado Federal suspender a execução de lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em decisão transitada em julgado. Piñeiro aponta que a atribuição dessa competência ao Senado visava a reduzir o trabalho do judiciário, o qual devia, no controle difuso, pronunciar a inconstitucionalidade caso a caso, o que aumentava sobremaneira a quantidade de ações e de recursos às instâncias superiores¹¹². Cabe salientar que a competência atribuída ao Senado Federal é a de suspender a lei baseado em critérios de conveniência e oportunidade e não a de dar a última palavra na interpretação dos textos constitucionais¹¹³.

Importante mencionar, neste breve histórico do controle de constitucionalidade brasileiro, que a Constituição do Estado Novo de 1937 retirou do STF a competência de dizer a última palavra sobre a inconstitucionalidade de lei. Podia, na época, o Presidente da República, caso considerasse a lei necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, submetê-la ao exame do Parlamento, que deixava sem efeito a decisão do Tribunal mediante o voto de dois terços dos membros de cada uma das Câmaras¹¹⁴. Tal disposição foi revogada pela Constituição de 1946.

Quanto ao controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, matéria que não é objeto deste estudo, mas cabe a menção na parte histórica, inclusive para se ter uma visão geral do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, tem-se sua primeira previsão no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1934. Na época, tratava-se da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, que visa a promover a intervenção federal em estado, ou intervenção do estado em município. Já a ação direta de inconstitucionalidade genérica, que tem por objetivo a decretação de inconstitucionalidade em abstrato de lei federal ou estadual, surgiu sob a égide da Constituição de 1946, pela Emenda Constitucional número 16 de 1965¹¹⁵.

¹¹¹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 151-162.

¹¹² *Ibidem*, p. 152-153.

¹¹³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2. Ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 169.

¹¹⁴ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 156.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 53.

A Constituição de 1988 prevê tanto o controle difuso como o concentrado de constitucionalidade, este de competência do Supremo Tribunal Federal quando se tratar de ofensa à Constituição Federal e realizado por via de ação direta de inconstitucionalidade interventiva, genérica ou supridora de omissão. Tal omissão pode ser do legislador, quando ele deixa de criar lei necessária à concretização de normas constitucionais, ou da administração, quando ela se omite em tomar as medidas necessárias para a realização das normas constitucionais¹¹⁶. O controle difuso de constitucionalidade no marco da Constituição de 1988 será abordado no item a seguir.

4.2. O controle difuso de constitucionalidade no Brasil

No marco da Constituição de 1988, qualquer juiz ou tribunal pode decidir acerca da constitucionalidade de lei, deixando de aplicá-la quando for contrária à norma de hierarquia superior. Quanto à possibilidade de um tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei, manteve-se a necessidade do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, ou, no caso de tribunais que contem com mais de 25 membros, há a possibilidade de se constituir órgão especial para o exercício da competência de rejeitar, no todo ou em parte, a aplicação de lei, em função do previsto nos artigos 97 e 93, inciso XI, da Constituição Federal¹¹⁷.

A exigência do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, ou do órgão especial, para negar a aplicação de lei inconstitucional é afastada nos casos em que há prévia decisão do tribunal quanto à questão, do Supremo Tribunal Federal em julgamento de ação direta, ou em entendimento firmado em súmula vinculante. Piñeiro aponta, ainda, que o Supremo Tribunal Federal vem considerando inexigível a remessa prevista no artigo 97 da Constituição nos casos em que há decisão sua declarando a inconstitucionalidade em caráter incidental¹¹⁸.

No controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal é instância recursal, chamada a decidir através do recurso extraordinário. Este tem como função a unidade da interpretação e a garantia da supremacia da Constituição, bem como a aplicação uniforme do direito e da constituição federais¹¹⁹. Tal recurso busca dar uma nova qualificação jurídico-constitucional aos fatos já assentados pelo tribunal prolator da decisão recorrida, ou

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 54.

¹¹⁷ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 164.

¹¹⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 167-168.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 190-191.

seja, versa apenas sobre matéria de direito¹²⁰. Suas hipóteses de cabimento estão previstas no artigo 102, inciso III, da Constituição e são a contrariedade da decisão de dispositivo da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, o julgamento como válido de lei ou ato de governo local em face da Constituição Federal e o julgamento como válido de lei local contestada em face de lei federal.

Além de configurar uma das hipóteses de cabimento, o recurso extraordinário deve ser interposto por parte legítima e dotada de interesse. É parte legítima, no processo civil, eleitoral e trabalhista, o vencido, o terceiro interessado e o Ministério Público, seja como parte, seja como fiscal da lei. No processo penal, tem legitimidade o Ministério Público, o querelante e o réu. Quanto ao interesse em recorrer, esse requisito para cabimento do recurso diz respeito ao proveito que o provimento do recurso pode dar ao recorrente e a necessidade da via escolhida para obter o almejado¹²¹.

Ainda, especificamente quanto ao recurso extraordinário, verificam-se os requisitos do esgotamento das vias recursais ordinárias¹²², ou seja, deve ser incabível qualquer outro recurso a instâncias ordinárias; do prequestionamento¹²³, isto é, que a decisão recorrida tenha se pronunciado expressamente sobre a questão constitucional; e da repercussão geral, este previsto no artigo 102, § 3º da Constituição Federal. O requisito da repercussão geral confere ônus ao recorrente de demonstrar a existência de questões relevantes de cunho econômico, político, social ou jurídico, além de seus interesses subjetivos na causa. Cabe salientar que a repercussão geral é presumida no caso de a decisão recorrida violar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal¹²⁴.

4.3. A eficácia da decisão do controle difuso de constitucionalidade

Como visto nos itens anteriores, o controle difuso de constitucionalidade no Brasil existe desde a vigência da Constituição de 1891 e se dá de forma incidental¹²⁵. Analisando as características do controle de constitucionalidade existente à época, cujas características principais subsistem no controle de constitucionalidade do tipo difuso atual, Ruy Barbosa afirma que a eficácia se dava entre as partes litigantes no processo, atuando o judiciário

¹²⁰ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 171.

¹²¹ *Ibidem*, p. 177-178.

¹²² *Ibidem*, p. 183.

¹²³ *Ibidem*, p. 183-184.

¹²⁴ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 185-187.

¹²⁵ Ver item 3.1.

apenas para excluir a ação do ato normativo impugnado em detrimento de um direito individual que individualmente se mostrou estar garantido contra o ato pela Constituição. O ato declarado inconstitucional no caso concreto, contudo, permanece no corpo geral das leis¹²⁶.

José Afonso da Silva apresenta entendimento semelhante ao de Ruy Barbosa. Acerca da eficácia subjetiva da decisão do controle difuso de constitucionalidade, ele defende que “*a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal, ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade.*”¹²⁷

Veja-se que, no entendimento de José Afonso da Silva, a decisão do controle difuso de constitucionalidade só supera o caráter *inter partes* caso haja a suspensão da executoriedade da lei pelo Senado Federal, hipótese ainda inexistente quando Ruy Barbosa publicou a obra anteriormente mencionada.

Esse entendimento doutrinário vinha sendo adotado tradicionalmente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, decisões recentes, quando se analisa em perspectiva uma tradição de cerca de cem anos, vêm considerando a eficácia subjetiva da decisão do controle difuso de constitucionalidade como transcendente ao caso concreto em julgamentos de recursos extraordinários e de reclamações¹²⁸.

Um primeiro exemplo em que a eficácia subjetiva foi discutida no sentido de se alterar o entendimento tradicionalmente consolidado é o julgamento do Recurso Extraordinário 197.917/SP, interposto em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a qual visava a reduzir o número de vereadores do município de Mira Estrela sob a alegação de inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Orgânica do município¹²⁹, por violação

¹²⁶ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893, p. 117.

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. . São Paulo: Malheiros, 2015, p. 56.

¹²⁸ A reclamação é instrumento previsto no art. 102, I, “I” e no art. 103-A, §3º, da Constituição de 1988 para garantir a competência, preservar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal ou impugnar decisão judicial ou ato administrativo contrário à Súmula Vinculante.

¹²⁹ O dispositivo legal fixava que o município, então com 2.651 habitantes, teria 11 vereadores.

ao art. 29, IV, “a”, da Constituição Federal¹³⁰. O recurso foi relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, que entendeu que a lei municipal impugnada desrespeitava a proporcionalidade prevista na Constituição, determinando a redução do número de vereadores de onze para nove.

Para chegar em tal conclusão, o Ministro relator realizou uma “regra de três” com os patamares máximos previstos na Constituição, criando tabelas com faixas populacionais e o respectivo número de vereadores que seria, de acordo com a interpretação dada ao dispositivo constitucional, proporcional em relação à população do município¹³¹.

Quando a maioria dos Ministros já havia seguido o relator na matéria de fundo, em virtude da proximidade de novas eleições municipais a serem realizadas no ano de 2004, levantaram-se questões que tocavam no tema da eficácia subjetiva. Especificamente, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que o Tribunal Superior Eleitoral deveria, após a publicação do acórdão, dar uma orientação uniforme sobre o tema, ou seja, se a regra da decisão do Recurso Extraordinário 197.917/SP valeria para todos os municípios¹³². O Ministro Gilmar Mendes foi além, afirmando que o Supremo Tribunal Federal estava dando efeito transcendente à decisão e que a necessidade de regulamentação pelo Tribunal Superior Eleitoral da matéria do número de vereadores por município demonstrava a “*plena e completa superação da intervenção do Senado*”.

¹³⁰ A redação da Constituição Federal vigente à época era: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: V - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes.”

¹³¹ BRASIL, STF. Recurso Extraordinário nº 197.917/São Paulo. Tribunal Pleno. Julgado em 06.06.2002, p. 387.

¹³² A competência de um tribunal, no sentido de Hans Kelsen, é a autorização para produzir normas jurídicas individuais, mediante sentença, nos limites em que tal autorização é conferida pela ordem jurídica. Acerca disso, ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 166-167. Dentre as competências do Tribunal Superior Eleitoral previstas nos artigos 22 e 23 do Código Eleitoral (Lei 4.737 de 1965) não está a de dar orientação para os Municípios, de modo que o sugerido pelo Ministro consistiria em exceder o âmbito da regulação das competências do tribunal. Além disso, sobre a função jurisdicional, Konrad Hesse defende que “não é tarefa da jurisdição desenvolver iniciativa política, tomar decisões políticas, dirigir responsavelmente o todo da política interna e externa” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998, p. 412, número de margem 550). O mesmo autor, sobre os limites do controle judicial constitucional, afirma que: “Essa tarefa não se deixa resolver com o auxílio do princípio da auto-restrição judicial. Porque a exigência de um *self-restraint* judicial descuida a vinculação do Tribunal Constitucional Federal à Constituição, que não deixa ao arbítrio dos juízes se eles querem restringir ou não. A atividade do controle do Tribunal Constitucional Federal tem de orientar-se, antes, por suas tarefas normalizadas jurídico-constitucionalmente; essas podem também uma vez exigir realmente o contrário da atitude reservada, ou seja, intervenção decisiva” (Ibidem, p. 425, número de margem 570).

Após a menção a efeito transcendente de uma decisão do controle difuso de constitucionalidade, feita quando do julgamento do Recurso Extraordinário 197.917/SP, o Supremo Tribunal Federal deu efeito *ultra partes* a declaração de inconstitucionalidade realizada em controle difuso no julgamento da Reclamação 4.335/AC¹³³. A Reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre contra decisão de Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais que deixou de conceder a progressão de regime em favor de condenados por crimes hediondos.

O argumento da defesa residiu na preservação da autoridade do tribunal, em virtude do descumprimento pelo Juiz da Vara de Execuções Criminais da decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 82.959, na qual a se havia afastado a vedação da progressão de regime a condenado por crimes hediondos, considerando inconstitucional o artigo 2º, §1º da Lei dos Crimes Hediondos¹³⁴, de forma incidental. Saliente-se que nenhum dos apenados a que se buscava a progressão de regime nessa Reclamação era paciente do *Habeas Corpus* mencionado e que não havia resolução do Senado Federal suspendendo a aplicabilidade do dispositivo de lei.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, acolheu a tese de existência de decisão do Supremo Tribunal Federal cuja autoridade deva ser preservada, qual seja, o *Habeas Corpus* 82.959, que considerou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei dos Crimes Hediondos. Ao assim decidir, o relator argumenta que o instituto da suspensão dos efeitos da lei pelo Senado Federal se encontra superado por uma série de argumentos, tendo apenas valor histórico. Afirma que o instituto não é suficiente para os casos em que o tribunal não decida pela inconstitucionalidade, limitando-se a fixar a interpretação legal adequada à Constituição. Ainda, menciona decisões que dispensam a cláusula de reserva de plenário nos casos em que existente decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso para justificar que, na prática, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro evoluiu para uma situação de equiparação entre os efeitos das decisões do controle concentrado e difuso, aquela com eficácia *erga omnes*. Também aduz que o fato de as decisões que consideram leis municipais inconstitucionais citarem julgados anteriores sobre a mesma matéria, utilizando a jurisprudência do tribunal como razões para decidir, demonstra um “*ainda que de forma*

¹³³ BRASIL, STF. Reclamação nº 4.335/Acre. Tribunal Pleno. Julgado em 21.03.2014.

¹³⁴ Veja-se o dispositivo vigente à época: “§ 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal.”¹³⁵

Em virtude dos argumentos brevemente elencados no parágrafo anterior, o relator afirma que a regra constitucional de competência que atribui ao Senado Federal a suspensão de lei considerada inconstitucional de modo incidental vai de encontro à teoria da nulidade dos atos inconstitucionais e que sofreu mutação constitucional o artigo 52, X, da Constituição Federal. Dessa forma, a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal teria apenas efeito de publicidade e, se o Supremo Tribunal Federal declarar uma lei inconstitucional em sede de controle incidental de constitucionalidade, essa decisão terá efeitos gerais.

Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 - publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça).¹³⁶

Tal entendimento foi seguido pela maioria dos Ministros, sendo conhecida a Reclamação 4.335/AC com fundamento na preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Nas duas decisões anteriormente mencionadas, verifica-se uma mudança na tradição do Supremo Tribunal Federal no que tange aos efeitos subjetivos da decisão que considera inconstitucional incidentalmente uma lei, ou parte dela. Ao decidir pelo cabimento da Reclamação 4.335/AC, ajuizada contra uma decisão de primeira instância, a qual decidiu em sentido contrário a tese firmada em sede de Recurso Extraordinário, o tribunal passou a dar efeitos *erga omnes* decisões do controle difuso de constitucionalidade.

Contudo, a matéria não encontra unanimidade no Supremo Tribunal Federal. A Reclamação 4.335/AC foi conhecida por oito votos, enquanto três Ministros defenderam a necessidade de resolução do Senado Federal para que se conferissem efeitos transcendentais à

¹³⁵ BRASIL, STF. Reclamação nº 4.335/Acre. Tribunal Pleno. Julgado em 21.03.2014, p. 45.

¹³⁶ Ibidem, p.55. Em relação a essas afirmações, bem como quanto à ocorrência mutação constitucional na regra de competência do artigo 52, inciso X da Constituição Federal, há críticas da doutrina. Segundo HECK, Luís Afonso. Die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit – vorgestellt am Beispiel der Normenkontrolle. In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 600, nota de pé-de-página 24 o argumento empregado pelo relator para afirmar que a decisão do Senado Federal não é mais substancial, apenas formal para dar conhecimento à decisão do tribunal, havendo, portanto, mutação constitucional, é o pragmático, sendo a fundamentação unicamente de fato, o que demonstra desconhecimento do direito comparado e abandono da lei, pois inadequada a mutação constitucional de uma regra expressa de competência.

inconstitucionalidade declarada em sede de recurso extraordinário. Além disso, em julgado mais recente, *Habeas Corpus* 135.100/MG, o Ministro Celso de Mello, em sua decisão monocrática e em caráter liminar reafirmou que se revestem de caráter vinculante as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de acordo com o artigo 102, § 2º da Constituição Federal, e as Súmulas Vinculantes, de acordo com o artigo 103-A da Constituição Federal.

Nem se invoque, finalmente, o julgamento plenário do HC 126.292/SP – em que se entendeu possível, contra o meu voto e os de outros 03 (três) eminentes Juízes deste E. Tribunal, “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário” –, pois tal decisão, é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, “caput”, da Constituição da República, a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral.¹³⁷

Em que pese o *Habeas Corpus* 135.000/MG não tratar especificamente da eficácia *erga omnes* de decisão anterior que declara a inconstitucionalidade de lei no controle difuso, sua menção no presente trabalho se mostra importante para demonstrar a ausência de uniformidade no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema. Nessa decisão, o Ministro relator expressamente afirma que a eficácia vinculante das decisões do tribunal ocorre apenas nas hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade e de aprovação de Súmula Vinculante, ao contrário do decidido pela maioria na Reclamação 4.335/AC¹³⁸.

4.3.1. A eficácia temporal da decisão do controle difuso de constitucionalidade na tradição do direito brasileiro

Ruy Barbosa em sua análise do controle de constitucionalidade sob a Constituição de 1891, “*Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*”, examinou a questão da eficácia temporal da decisão que declarava uma lei incompatível com as normas de hierarquia superior. Como visto no item I.3.1., o controle de constitucionalidade de então se assemelhava com o atual controle difuso de constitucionalidade, sob forte influência do modelo estado-unidense.

¹³⁷ BRASIL, STF. *Habeas Corpus* nº 135.100/Minas Gerais. Decisão Monocrática. Publicada em 01.08.2016, p. 8.

¹³⁸ Ao entender cabível a Reclamação contra decisão judicial que entende de forma diversa o posicionamento do Supremo Tribunal Federal apresentado em sede de controle incidental de constitucionalidade, o tribunal excede a sua competência, fundamentando em argumentos de fato (quantidade de processos e conveniência para a administração do Poder Judiciário), os quais acabam por ter mais força do que a Constituição. Sobre competência dos tribunais e função jurisdicional, ver nota 132.

Para Ruy Barbosa, se os atos perpetrados pelo poder ordinário se encontrarem além dos limites constitucionais, eles não obrigam o povo¹³⁹ e é um dever do Judiciário declarar a nulidade de tais atos¹⁴⁰. Porém, afirma também que não é dado ao Judiciário revogar atos de outro poder, quando inconstitucionais, mas sim desconhecer tais atos. Eles subsistem dentre as leis e atos administrativos, mas, quando os indivíduos afetados os impugnam perante os tribunais, os julgadores devem aplicar a Constituição e deferir o pedido individual de restituição do direito extorquido pela lei inconstitucional¹⁴¹.

Dessa forma, para o caso em litígio e entre as partes do processo, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, uma vez que não é lei¹⁴². Seria da competência do Executivo ou do Legislativo revogar seus próprios atos, sendo nesse caso os efeitos prospectivos¹⁴³. Tal entendimento, com a inspiração no modelo estado-unidense¹⁴⁴, representou a tradição nos tribunais brasileiros até recentemente¹⁴⁵.

4.3.2. A eficácia temporal da decisão do controle difuso de constitucionalidade no entendimento atual do Supremo Tribunal Federal

A tradição explicitada no item anterior encontra exceções. A primeira delas ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 79.343/BA pelo Supremo Tribunal Federal. No caso, o recorrente alegou ter sido prejudicado por decisão que se fundamentou em dispositivo de lei declarado inconstitucional em Recurso Extraordinário julgado anteriormente pelo tribunal¹⁴⁶.

O Supremo Tribunal Federal deu provimento apenas em parte ao pleito do recorrente, determinando tão somente o ajuste da cláusula do contrato objeto do litígio à inconstitucionalidade do dispositivo de lei que revestia de legitimidade tal cláusula no momento da elaboração do contrato. O Ministro Relator, Leitão de Abreu, apresentou uma série de argumentos contra o entendimento tradicional, de nulidade *ab initio* da lei declarada inconstitucional¹⁴⁷.

¹³⁹ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa 7, 1893, p. 69.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 87.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 96-97.

¹⁴² *Ibidem*, p. 44.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 97.

¹⁴⁴ Ver item 1.5.

¹⁴⁵ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 214.

¹⁴⁶ BRASIL, STF. Recurso Extraordinário nº 79.343/Bahia. Segunda Turma. Julgado em 31.05.1977, p. 554.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 553-565.

O Ministro afirma que a regra geral da nulidade comporta muitas exceções, as quais vêm sendo reconhecidas; que uma visão realista vem corroendo a doutrina da nulidade, uma vez que mesmo uma lei inconstitucional é um ato eficaz, ao menos antes da declaração de inconstitucionalidade; que, segundo Kelsen, a decisão de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo, não se podendo considerar a norma nula antes da decisão do Judiciário, até mesmo aquelas que declaram a nulidade *ab initio*, pois tal fato significa apenas o aporte de efeitos retroativos à decisão constitutiva; que a norma entrou no mundo jurídico munida de presunção de validade; e que deve haver a tutela da boa-fé, principalmente quando se estabelecem relações jurídicas sob a lei ainda não declarada inconstitucional, evitando-se prejudicar o agente que tomou por legítimo o ato¹⁴⁸.

Em sentido semelhante, de atribuir efeitos *ex tunc* à inconstitucionalidade de lei declarada em processo anterior, é o Recurso Extraordinário 122.202/MG¹⁴⁹. A decisão recorrida deu provimento a ação movida por magistrados, mantendo o recebimento de vencimentos com base em lei declarada inconstitucional na Representação 1.739/MG¹⁵⁰.

No caso, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu ser indevido o pagamento da vantagem pecuniária após a declaração de inconstitucionalidade. Contudo, em virtude da garantia da irredutibilidade salarial, da boa-fé e da estabilidade das relações jurídicas, o colegiado afastou os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, deixando de condenar os magistrados à devolução dos valores recebidos durante o período de validade inquestionada da lei, ou seja, antes do julgamento da Representação 1.739/MG¹⁵¹.

¹⁴⁸ BRASIL, STF. Recurso Extraordinário nº 79.343/Bahia. Segunda Turma. Julgado em 31.05.1977, p. 560-562.

¹⁴⁹ BRASIL, STF. Recurso Extraordinário nº 122.202/Minas Gerais. Segunda Turma. Julgado em 10.08.1993, p. 945-979.

¹⁵⁰ A representação foi assim ementada: REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA DUPLO DE VENCIMENTOS E DE VANTAGENS PARA A MAGISTRATURA DA MESMA CARREIRA E INCONSTITUCIONAL. NO CASO, DECLARA-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DE TODA A SISTEMÁTICA, PORQUE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL IMPORTARIA VERDADEIRA CRIAÇÃO DE UMA LEI NOVA, NÃO VOTADA PELO LEGISLATIVO, QUE, PRESUMIDAMENTE, NÃO A VOTARIA POR AFASTAR-SE DA ORIENTAÇÃO QUE PRESIDIU A SUA FEITURA. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAIS OS ARTIGOS TERCEIRO, QUARTO (E SEU PARÁGRAFO ÚNICO), QUINTO (E SEUS PARÁGRAFOS) E SEXTO DA LEI 9.262, DE 11 DE SETEMBRO DE 1986, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. RESSALVA QUANTO AO ANEXO II DA REFERIDA LEI. Relator Ministro Moreira Alves. Publicação no DJ de 11.09.1987, p. 18-988.

¹⁵¹ Conforme: BRASIL, STF. Recurso Extraordinário nº 122.202/Minas Gerais. Segunda Turma. Julgado em 10.08.1993, p. 962 e PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 217.

A teoria tradicional foi sendo progressivamente questionada, culminando no marco sobre a matéria, o Recurso Extraordinário 197.917/SP¹⁵², já mencionado neste trabalho quando analisada a eficácia subjetiva da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso. No referido julgado, os Ministros do pleno do Supremo Tribunal Federal deliberaram acerca da possibilidade de atribuir efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade do artigo 6º, Parágrafo Único, da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela feita naquele acórdão¹⁵³.

Relembre-se que, no caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o número de assentos na Câmara de Vereadores do município previsto na legislação local era excessivo, contrariando a Constituição Federal¹⁵⁴. Contudo, os Ministros julgadores vislumbraram que eventual declaração de nulidade da lei municipal, com efeitos *ex tunc*, poderia acarretar o caos pela ausência de lei eleitoral e pela consequente necessidade de se cassar mandatos, com o recálculo das proporções dos assentos no Legislativo municipal¹⁵⁵.

Por isso, passou-se a discutir a possibilidade de se conferir efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso de constitucionalidade e de se empregar, por analogia, o art. 27 da Lei 9.868/1999, que permite a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado nos casos de excepcional interesse social e segurança jurídica¹⁵⁶.

No caso, após considerações acerca do controle de constitucionalidade alemão, com foco na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, e estado-unidense, em virtude da prática da prospectividade em casos como *Linkletter v. Walker*, bem como do julgamento do Recurso Extraordinário 79.343/BA, o Supremo Tribunal Federal decidiu por aplicar fórmula semelhante ao “apelo ao legislador”, ou “decisão-apelo”¹⁵⁷. Assim, o resultado do julgamento foi a declaração incidental de inconstitucionalidade, como efeitos para o futuro, e a determinação à Câmara de Vereadores de Mira Estrela que adapte a Lei

¹⁵² PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 219.

¹⁵³ BRASIL, STF. Recurso Extraordinário nº 197.917/São Paulo. Tribunal Pleno. Julgado em 06.06.2002, p. 368-511.

¹⁵⁴ Ver item 3.1.

¹⁵⁵ BRASIL, STF. Recurso Extraordinário nº 197.917/São Paulo. Tribunal Pleno. Julgado em 06.06.2002, p. 406-407.

¹⁵⁶ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 220.

¹⁵⁷ Ver item 2.3.1.

Orgânica para constar o número de vereadores em conformidade com o entendimento do tribunal¹⁵⁸.

Saliente-se que a prospectividade à decisão de inconstitucionalidade foi conferida de maneira excepcional. O Supremo Tribunal Federal considerou que a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, só pode ocorrer quando houver uma ponderação entre excepcional interesse social e necessidade de se preservar a segurança jurídica, por um lado, e o princípio da nulidade¹⁵⁹, por outro lado. Tais critérios persistiram na jurisprudência do tribunal como determinantes para a prospectividade da decisão¹⁶⁰.

Portanto, assim como quanto aos efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade, o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos temporais se divide em uma fase tradicional, influenciada pela doutrina da nulidade, e a fase atual, que aponta para uma superação da tradição, com influência das novas doutrinas da retroatividade do direito estado-unidense e das outras fórmulas decisórias construídas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Como forma de compreender o pressupostos científicos das doutrinas e fórmulas decisórias mencionadas nesta fase de estudo comparado, passa-se ao estudo teórico das teorias da nulidade e da nulificabilidade.

II. Estudo Teórico

Os diferentes efeitos no tempo das decisões de inconstitucionalidade vistos no estudo prático, seja pelas diferentes previsões legais acerca da eficácia no tempo da decisão de inconstitucionalidade nas legislações austríaca e alemã, seja nas diferentes fases do entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, decorrem de diferentes concepções jurídicas decorrentes das teorias da nulidade e da nulificabilidade das leis. Luís Afonso Heck, segundo a obra *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVFStRL, Heft 5,

¹⁵⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 220-224.

¹⁵⁹ Sobre o “princípio da nulidade”, ver HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 58, nota de pé-de-página 48, “e”: “Deve, diante disso, ser observado que, primeiro: a nulidade não é direito fundamental, portanto, não é um mandamento de otimização (ver para isso Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2 Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 75, ff. Versão espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, página 86 e seguinte. Tradução: Ernesto Garzón Valdés); segundo: ela não é um princípio formal (ver para isso também Alexy, R., mesma obra, S. 89, 120, páginas 100, 132 e seguinte), assim, também nesse âmbito não se pode apresentar como um princípio em sentido contrário; terceiro: nessa conexão, o conceito de ponderação não se coloca (ver sobre isso Alexy, R., mesma obra, S. 143 ff.; página 157 e seguinte); quarto: é um princípio não-escrito, por isso, sua base não pode ser procurada na ‘imagem global pré-constitucional’ (ver Hesse, K. (nota 6), página 44, nota 40, pontuação no original).”

¹⁶⁰ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 225.

Berlin und Leipzig: Walter der Gruyter, 1929 S. 44ff de Hans Kelsen¹⁶¹, afirma que a nulidade é a falta de caráter jurídico do ato de antemão, sendo que qualquer cidadão ou autoridade pode o considerar inválido sem a necessidade de outro ato jurídico, e pode ser um caso-limite da nulificabilidade. Já a nulificabilidade é a possibilidade de que a autoridade competente elimine o ato jurídico, em decisão com caráter constitutivo, e ela pode ter diferentes graus nos âmbitos material e temporal. Um estudo mais aprofundado acerca dessas duas teorias será feito nos itens seguintes.

1. A Jurisdição Constitucional

Antes de se iniciar o estudo das teorias da nulidade e da nulificabilidade, que dizem respeito, inclusive, à eficácia no tempo das decisões de inconstitucionalidade, considera-se importante mencionar a questão do caráter jurídico da atividade de guarda da Constituição. Tal menção se mostra pertinente, uma vez que responde à questão acerca de quem é competente para o exame da compatibilidade, formal e material, das leis com a Constituição, atividade cujos efeitos são o objeto central deste estudo.

1.1. A Concepção de Carl Schmitt

Importante salientar, neste ponto, alguns aspectos da obra de Carl Schmitt, que via na decisão judicial apenas a dedução do conteúdo já contido na lei¹⁶². Segundo ele, a atividade jurisdicional seria apenas a aplicação reprodutiva do direito, opondo tal atividade à política, entendida enquanto exercício do poder, em contradição a exercício do direito. Para o autor, apenas a política poderia atuar com poder discricionário, tomando “decisões”¹⁶³ não fundamentadas, ou não fundamentáveis em padrões de racionalidade gerais¹⁶⁴.

Assim, na concepção de Schmitt, a atividade “política” estaria encerrada com o processo legislativo, cabendo às instâncias jurisdicionais apenas servir de instrumento de tal poder. Dessas características, Schmitt conclui que o controle de atos imediatamente subordinados à Constituição não seria jurisdicional, por envolver um grau de

¹⁶¹ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

¹⁶² Ibidem, p. 21.

¹⁶³ Para o sentido de “decisão” aqui empregado, ver Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 14 e 15, nota de pé-de-página 12. Na terminologia de Carl Schmitt, “decisão” é a tradução da palavra alemã *Dezision*.

¹⁶⁴ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 13 e 14.

discricionariedade que conferiria a tal atividade caráter “político”¹⁶⁵. Por isso, o controle de compatibilidade da lei com a Constituição caberia ao chefe de Estado da república democrática, detentor de poder neutro, assim como já defendera Benjamin Constant acerca dos poderes de monarca no âmbito da monarquia constitucional¹⁶⁶.

1.2. A Concepção de Hans Kelsen

Hans Kelsen rebate os argumentos mencionados item anterior, afirmando que não há como afastar da jurisdição a função “política”, entendida enquanto exercício do poder. Isso porque o caráter político da jurisdição é conferido justamente pelo grau de discricionariedade a ela atribuído pelo legislador, inclusive ao utilizar cláusulas gerais e conceitos indeterminados¹⁶⁷. Dessa forma, há apenas uma diferença quantitativa entre a atividade da legislação e da jurisdição, sendo ambas, ao mesmo tempo, aplicação do direito em relação às normas de hierarquia superior e criação do direito em relação àqueles a quem a norma se dirige¹⁶⁸.

Ademais, não parece adequado transportar a teoria de Benjamin Constant, originalmente concebida no contexto do exercício do poder neutro do monarca hereditário na monarquia constitucional, para a república democrática na qual o chefe de Estado é eleito no contexto das disputas político-partidárias. Também, segundo Kelsen, ao ampliar de tal maneira as competências do chefe de Estado, especificamente, do presidente do Reich, seria

¹⁶⁵ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 250 e 251.

¹⁶⁶ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11 e 12.

¹⁶⁷ Nesse sentido KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 251: “Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá a função judiciária o mesmo caráter 'político' que possui – ainda que em maior medida – a legislação.” e HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 15, nota de pé-de-página 14: “Em conexão com o poder discricionário está a questão dos conceitos gerais, cláusulas gerais e conceitos indeterminados.”

¹⁶⁸ Nesse sentido HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 18, nota de pé-de-página 16: “Assim, ao a constituição determinar, no essencial, de que modo uma lei realiza-se, significa a dação de lei, perante essa constituição, aplicação do direito. Em relação com o regulamento, porém, e os outros atos que estão sob a lei: criação do direito. E assim, regulamento é aplicação do direito perante a lei e criação do direito perante a sentença judicial e ato administrativo aplicadores desse regulamento. Isso, outra vez, aplicação do direito para cima, para baixo, porém, em relação com o tipo a ser executado com eles: criação do direito. O caminho que o direito percorre da constituição até o tipo da execução é um tal de contínua concretização.”

difícil enquadrá-lo como detentor de um poder “ao lado dos demais”, tornando-o senhor soberano do Estado, semelhante a um ditador¹⁶⁹.

No mesmo sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello alerta que “poderes políticos, influenciáveis pelos interesses do partido, com desejo de agradar a massa popular nas democracias, ou de satisfazer os magnatas nas oligarquias, sujeitos a todas as paixões, não se recomendam como oráculos da Lei Fundamental”¹⁷⁰. Ainda, Hartmut Maurer diferencia as decisões que buscam a aprovação das que buscam a aceitação. Esta pressupõe a fundamentação racional e convincente das decisões a partir da Constituição. Aquelas, problemáticas quanto à guarda da Constituição, aspiram uma satisfação universal e têm caráter de compromisso, sendo, por isso, menos convincentes juridicamente¹⁷¹.

Diante dos modelos estudados, conclui-se que a concepção kelseniana é a que passou a preponderar desde as primeiras décadas do século XX, com exceção do período da ditadura nacional-socialista na Alemanha. Ou seja, estabelecimento de órgãos colegiados dotados de independência judiciária com a função de garantia da Constituição na Áustria, com a Constituição de 1920, e na Alemanha, na Lei Fundamental de Bonn.

2. A teoria da nulidade.

Segundo a teoria da nulidade, a lei declarada inconstitucional é nula, os efeitos da decisão são retroativos e seu caráter é declaratório. Isso, porque a nulidade se produziria *ipso iure*¹⁷².

Tal teoria se faz presente no parágrafo 78 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal¹⁷³, o qual prevê expressamente que a decisão do Tribunal Constitucional Federal que declara a lei inconstitucional acarreta na nulidade *ipso iure* da lei e nos efeitos *ex tunc* da decisão. Além disso, percebe-se o emprego da nulidade também nas decisões dos casos *Griffith* e *Harper*, julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 246.

¹⁷⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2. Ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 89.

¹⁷¹ MAURER, Hartmut. *Jurisdição Constitucional*. In: *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221.

¹⁷² *Ibidem*, p. 250.

¹⁷³ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 103.

atribuem efeitos retroativos à inconstitucionalidade em atenção ao igual tratamento das partes perante o juízo e a uma concepção mais restrita da atuação do Poder Judiciário¹⁷⁴.

Os fundamentos para sustentar a teoria da nulidade das leis inconstitucionais serão vistos nos próximos itens.

2.1. A Concepção de Ruy Barbosa

Em sua obra “*Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*”, Ruy Barbosa defende que a lei inconstitucional é nula, pois a autoridade que edita o ato em desconformidade com a Constituição agiu extrapolando as suas competências. Isso decorre do fato de que a Constituição expressa a vontade primitiva e soberana do povo, organizando os poderes do Estado, lhes atribuindo suas competências e estabelecendo limites intransponíveis¹⁷⁵, não sendo o legislador diferente de um mandatário, cujo instrumento de mandato é a Constituição e cujos atos perpetrados para além das instruções não obrigam o comitente¹⁷⁶.

Por expressar a Constituição a vontade primitiva e soberana do povo, designando limites e competências aos poderes do Estado, ela se insere no ordenamento jurídico como lei soberana, irreformável por meios comuns, não se nivelando com outros atos de legislação. Por isso, o ato legislativo contrário à Constituição não será lei¹⁷⁷.

Ruy Barbosa cita trecho da decisão do Juiz Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, para defender a inaplicabilidade da lei contrária à Constituição pelos tribunais. O Juiz afirma ser um absurdo pensar a execução pelos tribunais do ato que se tem como nulo, especificamente, da lei inconstitucional, por ser ela inexistente. Ainda, diz que a possibilidade de se deixar de aplicar a lei inconstitucional decorre dos fundamentos das Constituições escritas, sendo esta superior aos atos ordinários¹⁷⁸.

Também Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Alfredo Buzaid compartilham da tese da nulidade¹⁷⁹. Para esses juristas, a decisão de inconstitucionalidade é meramente declaratória, não se considerando o ato como lei e, portanto, atingindo-o desde o início.

¹⁷⁴ Ver item 1.5.2.

¹⁷⁵ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa 7, 1893, p. 42 e 43.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 69.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 44.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 52 e 53.

¹⁷⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2. Ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 204 e 205.

Acerca do período em que a lei foi aplicada, antes da declaração de inconstitucionalidade, os autores defendem que se trata de uma eficácia aparente e de caráter transitório, a qual desaparece em virtude do efeito retroativo da decisão. As leis não são válidas, segundo eles, apenas executáveis até o momento da decisão¹⁸⁰. O fundamento apontado para a defesa da nulidade é a autoridade superior da Constituição sobre o texto legal comum.

2.2. A nulidade como caso-limite da nulificabilidade

Como já mencionado, uma das diferenças mais importantes entre a teoria da nulidade e a da nulificabilidade é o sujeito legítimo para examinar a juridicidade do ato, reconhece-lo como antijurídico e, por isso, deixar de o aplicar. Na nulidade, qualquer pessoa estaria legitimada a realizar tais atividades. Contudo, os ordenamentos jurídicos positivos contêm limitações ao poder de tratar de antemão atos antijurídicos como nulos, sendo amplamente aceito o princípio da autolegitimação do ato de autoridade, o qual determina que o ato existe como válido e vinculativo até ele não ser eliminado por outro ato jurídico da mesma ou de outra autoridade estatal¹⁸¹.

A exigência de um procedimento e de um novo ato jurídico se justifica. Se por um lado não se pode determinar que todo e qualquer ato que se apresente com pretensão de ser um ato de autoridade valha até que não seja anulado por uma autoridade, de modo que até uma pessoa totalmente incompetente possa fixar um ato que será aplicável até certo ponto,

¹⁸⁰ Tal afirmação é problemática, pois propõe a aplicabilidade de norma inválida, ao contrário da teoria do direito de Hans Kelsen, para quem apenas a norma válida, ou seja, formal e materialmente compatível com norma de hierarquia superior, pode produzir efeitos. A lei dita “inconstitucional” tem de ser considerada como válida até ser revogada, seja por uma lei posterior, seja por decisão do órgão competente. Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 300: “Se a afirmação, corrente na jurisprudência, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional” E também, *Ibidem*, p. 303-304: “Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considere a lei como ‘inconstitucional’, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como ‘inconstitucional’ não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.”

¹⁸¹ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 41 e 42.

por outro lado não é possível considerar nulo de antemão qualquer ato fixado sem observar os procedimentos para tal fixação¹⁸².

A fixação do limite que separa o ato nulo *a priori* do ato vicioso, mas válido, é um complexo problema que somente pode ser resolvido pelo ordenamento jurídico positivo, ou seja, deve haver uma previsão normativa precisa de quando um ato pode deixar de ser aplicado de antemão pelas autoridades e pelos cidadãos e quando tal ato deve ser cassado por uma autoridade através de outro ato jurídico. Entretanto, em grande parte dos ordenamentos jurídicos não há tal previsão, como nos analisados no estudo prático, os quais deixam, assim como ocorre em geral, a definição do limite entre o nulo *a priori* e o vicioso, mas válido, para a mesma autoridade competente para a análise da juridicidade do ato, o que retira o ato duvidoso da esfera da nulidade, ingressando na esfera da nulificabilidade. Com efeito, se apenas outro ato estatal, proveniente de autoridade prevista no ordenamento jurídico como competente para a análise da juridicidade de seus atos ou daqueles provenientes de outros órgãos estatais, pode dizer se o ato impugnado foi ou não um ato jurídico, não se trata mais de nulidade, a qual se dá de antemão, mas sim de nulificabilidade com atribuição de efeitos *ex tunc*¹⁸³.

Assim, para o caso da inconstitucionalidade das leis, a Jurisdição Constitucional tem duas opções: pode considerar como cumpridas condições mínimas para validade do ato até a data da decisão, ou outro momento que entende que tenha passado a ser inválido, declarando sua inconstitucionalidade a partir de então; ou pode não considerar cumpridas as condições mínimas, cassando o ato com retroatividade à data de sua entrada em vigor. Em ambos os casos, tratam-se de decisões de caráter constitutivo, pois a lei só passa a ser considerada inconstitucional, seja com efeitos prospectivos, seja com efeitos retroativos, após a decisão da autoridade competente, no caso, da Jurisdição Constitucional. Sendo os efeitos da decisão de inconstitucionalidade *ex tunc*, a nulidade se apresenta como caso-limite da nulificabilidade¹⁸⁴.

3. A teoria da nulificabilidade

As características mais importantes da teoria da nulificabilidade já foram mencionadas nos itens anteriores. Trata-se da possibilidade de eliminação do ato vicioso, necessariamente por meio de outro ato jurídico exarado pela mesma autoridade que editou o ato vicioso, ou

¹⁸² HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 42.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 43.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 44.

por outra autoridade. Além disso, é possível, na nulificação da lei contrária à Constituição, realizar uma gradação de ordem material ou temporal. A gradação se dará, naquele caso, em razão de quem é a autoridade competente para rejeição da norma, se é a autoridade que é chamada a aplica-la, ou se é uma autoridade central extrema¹⁸⁵.

Ao se conferir à autoridade que cabe a aplicação da norma a possibilidade ou o dever de rejeitá-la, em virtude de sua antijuridicidade, tal rejeição se dará de forma apenas parcial, limitada ao caso concreto que deu origem à análise da compatibilidade da norma¹⁸⁶. Se é conferido o poder a uma autoridade central extrema de cassar normas antijurídicas, tal cassação ocorrerá de maneira geral, para todos os casos em que a norma poderia ser aplicada¹⁸⁷. Este é o caso do Tribunal Constitucional austríaco e do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Ainda, no caso de rejeição da norma anticonstitucional de maneira geral por um órgão central extremo, verifica-se que essa atividade compartilha a característica de generalidade da atividade legislativa, ou seja, há uma mudança no ordenamento jurídico vigente. Essa atividade do tribunal como um dador de leis negativo¹⁸⁸ não é incompatível com uma República democrática. Pelo contrário, se justifica em razão de que não deve haver uma rígida separação de poderes, mas sim uma divisão entre poderes e competências que converge para um controle e limitação recíprocos das atividades dos órgãos estatais¹⁸⁹, garantindo a constitucionalidade das leis e afastando a possibilidade de concentração de poder estatal em um dos órgãos da República, o que poderia levar a uma ditadura.

A diferença entre a atividade do legislador e a do órgão central extremo com competência para cassação de normas de maneira geral é o fator da vinculação. Enquanto o legislador está vinculado pela Constituição apenas no que tange ao procedimento, podendo conformar o conteúdo da norma de acordo com as ideologias em disputa no Parlamento, o tribunal constitucional exerce sua função essencialmente vinculado pela Constituição, seja pela forma, seja também pelo conteúdo. Este se diferencia daquele, portanto, em função de

¹⁸⁵ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44 e 45.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 45.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 50.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 48, nota de pé-de-página 47.

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 152.

seu caráter de jurisdição, pois sua atividade é preponderantemente de aplicação do direito, mesmo que de maneira geral¹⁹⁰.

Já no caso da gradação temporal, ela depende de circunstâncias de fato que venham a tornar incompatível com a norma de hierarquia superior, norma antes compatível, bem como diante da ponderação de princípios jurídico-constitucionalmente relevantes que venham a determinar a necessidade de se empregar outra fórmula decisória¹⁹¹. Diferencia-se, portanto, fundamentalmente da teoria da nulidade neste ponto, pois se a norma fosse nula de antemão, de acordo com o item II.2.1, sua inaplicabilidade se daria desde a promulgação e a decisão sempre teria efeitos *ex tunc*.

Segundo a teoria da nulificabilidade, uma prévia decisão constitutiva de autoridade competente é necessária para que se reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Tal necessidade se verifica na prática, pois nos ordenamentos jurídicos positivos, em geral, não há norma que defina quais as condições mínimas para que uma norma possa ser considerada nula de antemão, de modo que a resposta acerca da antijuridicidade do ato que requer aplicação sempre fica a cargo da autoridade competente para aplica-la ou rejeita-la¹⁹².

Além disso, argumentos jurídico-constitucionais relevantes podem falar em contrário à retroatividade, como visto nos exemplos de decisões no estudo de casos práticos. O interesse estatal da retroatividade, visando à certeza jurídica decorrente da hierarquia das normas, deve ser ponderado com os interesses dos cidadãos de confiança nas relações jurídicas estabelecidas. Por um lado, quando a proteção à confiança prepondera, a decisão de inconstitucionalidade será prospectiva, ou até mesmo definirá um prazo de vigência, por outro lado, se os interesses do bem-estar da coletividade exigem a retroatividade e preponderam na ponderação, a decisão terá efeitos para o passado, podendo chegar, no caso-limite, ao efeito *ex tunc*¹⁹³.

Também, o fato de que a implementação de uma ordem constitucional não é um fato instantâneo fala em favor da nulificabilidade. Sobre isso, Konrad Hesse ensina que o conteúdo de uma norma constitucional, para ser realizado, carece não apenas das exigências contidas no texto da norma, mas também das particularidades das condições de vida

¹⁹⁰ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 48, nota de pé-de-página 47.

¹⁹¹ Sobre o assunto, ver item I.2.3.1.

¹⁹² HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 43.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 59-60, nota de pé-de-página 48.

concretas que se relacionam com a norma¹⁹⁴. Dessa forma, poderia a norma vigor como constitucional sob determinados pressupostos e, posteriormente, com a mudança das condições que formam o âmbito da norma, ou seja, a mudança da realidade que a norma está destinada a ordenar, passar a ser inconstitucional. Tal situação decorre da necessária abertura e amplitude das normas constitucionais, as quais devem acompanhar as transformações históricas e as mudanças nas condições de vida, ao mesmo tempo em que mantém uma constância relativa, com efeito estabilizador, e é denominada “mutação constitucional”¹⁹⁵.

Ao encontro do afirmado no parágrafo anterior, decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 70.514, ao julgar constitucional o artigo 5º, §5º da Lei 1.060/1950, que concedia prazos processuais em dobro para a Defensoria Pública. O relator expressou que a norma era constitucional “ao menos enquanto nas Defensorias Públicas não estiverem adequadamente organizadas nos Estados, em condições de igualdade, se possível, com a organização do Ministério Público nas unidades da Federação”¹⁹⁶. Ou seja, condicionou a constitucionalidade da norma a condições fáticas passíveis de alteração no futuro, a qual, caso ocorresse, ensejaria a inconstitucionalidade da norma.

Portanto, a aplicação da doutrina da nulidade em sua concepção descrita no item II.2.1 deste estudo é incompatível com a possibilidade de se reconhecer a mutação constitucional sem alteração do texto e de reconhecer a limitação do efeito da declaração de inconstitucionalidade, sob pena de se estar aplicando uma norma tida como inválida. Nisso está a diferença fundamental entre a doutrina da nulificabilidade, positivada no artigo 140 da Constituição Austríaca, e a doutrina da nulidade. Enquanto para aquela, a lei inconstitucional é constitucional, até que nulificada¹⁹⁷, para esta, a invalidade se dá sempre desde a sua promulgação. Para a teoria da nulificabilidade, não se trata de aplicar lei inconstitucional aos casos anteriores à decisão que declara a inconstitucionalidade, mas sim de aplicar lei que estava vigente como constitucional.

¹⁹⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998, p. 497, número de margem 45.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 45 e 46, número de margem 37-39.

¹⁹⁶ BRASIL, STF. *Habeas Corpus* nº 70.514/Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Julgado em 23.03.1994, p. 455. Consta da ementa do referido julgado: “Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública.”

¹⁹⁷ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 38, nota de pé-de-página 33.

3.1. A nulificabilidade no controle de constitucionalidade austríaco

Como mencionado, a nulificabilidade se encontra positivada juridicamente no artigo 140, (5), da Constituição Austríaca, a qual, conforme exposto no item I.3.1 encontra grande influência de Hans Kelsen. De fato, tal artigo prevê que a lei declarada contrária à Constituição deixa de vigorar com o expirar do dia em que a decisão foi publicada, podendo a Corte Constitucional estipular um prazo diferente para a lei ficar sem vigor, não superior a dezoito meses.

Ademais, como visto no item I.3.3, questões jurídicas podem falar em favor da estipulação de um prazo em que a lei ainda permanece vigente. Na decisão acerca da inconstitucionalidade da Lei de Técnicas Genéticas, a Corte Constitucional decidiu que as empresas de seguro poderiam fazer análises genéticas. Contudo, antes da cessação da norma que impedia tais análises, deveria o legislador conformar entre a proteção do direito de não-saber dos segurados e a liberdade negocial das seguradoras, definindo quais técnicas poderiam ser utilizadas e regulando o uso posterior e a proteção das informações genéticas coletadas.

3.2. A nulificabilidade no controle de constitucionalidade dos Estados Unidos da América

Também no controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte dos Estados Unidos se vislumbra a nulificabilidade. Uma série de características aponta nesse sentido, sendo a primeira delas a necessidade de declaração pela autoridade competente da incompatibilidade da lei com a Constituição. De fato, não há elementos que possibilitem dizer quando uma lei é *a priori* nula, de modo que ela é legalmente existente e vigente até a decisão da corte que a declare inconstitucional¹⁹⁸. Apenas no contexto dessa decisão, de caráter constitutivo¹⁹⁹, que cassa o ato é que se passa a argumentar sobre quais devem ser os efeitos temporais de tal decisão.

O afirmado no parágrafo anterior se encontra demonstrado nas mais recentes decisões da Suprema Corte, em que coexistem aquelas que dão efeitos retroativos, retroativos limitados ou prospectivos à declaração de inconstitucionalidade. Como se vê nos itens I.1.5.2 e I.1.5.3 a Suprema Corte dos Estados Unidos da América vem aplicando a retroatividade

¹⁹⁸ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 36, nota de pé-de-página 33.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 36, nota de pé-de-página 33.

como regra geral, possível de ser afastada no caso concreto. De fato, a retroatividade se encontra justificada na igualdade entre os litigantes e na proteção do *stare decisis*, enquanto a sua limitação se encontra fundamentada nos problemas da aplicação retroativa de uma decisão quando se muda um precedente em que confiavam pessoas e governos. A fim de solucionar essa situação, apontaram-se a definitividade das decisões transitadas em julgado e o quão justificada era a confiança na regra anterior como fatores a serem levados em conta juntamente com os benefícios da retroatividade.

O fato de a retroatividade ter de se justificar perante argumentos contrários demonstra que não há, *a priori*, uma nulidade *ab initio* da lei contrária a Constituição, como defende a teoria da nulidade.

3.3. A nulificabilidade no controle de constitucionalidade alemão

No controle constitucional alemão coexistem a doutrina da nulidade e da nulificabilidade²⁰⁰. O parágrafo 95, alínea 3 da Lei do Tribunal Constitucional Federal prevê que a consequência do acolhimento do recurso constitucional é a nulidade da lei²⁰¹. No mesmo sentido prevê o § 78 da mesma lei quanto ao controle abstrato²⁰². Assim, a nulidade atua de maneira *ex tunc*, retroagindo à data da promulgação da lei ou da modificação das circunstâncias que produziram a inconstitucionalidade. A declaração da nulidade é somente um ato declaratório²⁰³.

Contudo, Hartmut Maurer aponta que tal decisão declaratória obtém um caráter constitutivo, pois, é a partir dela que a nulidade da lei anticonstitucional passa a ser determinada vinculativo-juridicamente. Além disso, e nisto consiste a nulificabilidade no controle de constitucionalidade alemão, é passível de ocorrer que as leis anticonstitucionais sejam somente nulificáveis, quando o Tribunal Constitucional determina que elas devem ser observadas até a decisão judicial-constitucional ou até uma data posterior, bem como quando

²⁰⁰ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 52, nota de pé-de-página 48.

²⁰¹ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 112.

²⁰² *Ibidem*, p. 103.

²⁰³ MAURER, Hartmut. *Jurisdição Constitucional*. In: *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 250.

o tribunal se limita à comprovação da anticonstitucionalidade, ou à comprovação de que em um determinado prazo deve ser adotada uma nova regulação sobre a matéria²⁰⁴.

3.4. A nulificabilidade no controle de constitucionalidade brasileiro

No direito brasileiro, a possibilidade de se limitar os efeitos no tempo da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei está prevista no direito positivo no artigo 27 da Lei 9.868 de 1999²⁰⁵ para o controle concentrado de constitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vem estendendo tal possibilidade também às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, como visto no item I.3.3.1 quando do julgamento dos Recursos Extraordinários 122.202/MG e 197.917/SP.

Diante do cotejo do disposto no artigo 27 da Lei 9.868 de 1999 e da mencionada jurisprudência, pode-se afirmar que a teoria da nulificabilidade se encontra presente, também, no direito positivo brasileiro²⁰⁶.

²⁰⁴ MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal. *In: Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 250.

²⁰⁵ Veja-se a redação do referido artigo: “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.”

²⁰⁶ HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 70.

Conclusão

O estudo desenvolvido no presente trabalho, seja de direito comparado, seja das teorias da nulidade e da nulificabilidade, fornece elementos para que se responda a questão acerca de que argumentos são empregáveis, no direito brasileiro, quando se decide acerca da eficácia no tempo da decisão que declara uma lei inconstitucional no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

Do estudo comparado, depreendem-se características comuns do controle difuso de constitucionalidade brasileiro e do sistema dos Estados Unidos da América. Ambos são do tipo difuso e incidental. Naquele país, as decisões de inconstitucionalidade, embora não sejam vinculantes, têm aceitação geral e há, pelos demais tribunais, respeito pelo *stare decisis*, logo elas são amplamente seguidas. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem considerando vinculantes as suas decisões exaradas no controle difuso, dispensando inclusive a resolução do Senado Federal para que se atribuam efeitos *erga omnes*, ao aceitar reclamações contra o conteúdo de julgamentos de recursos extraordinários.

Saliente-se que no ordenamento jurídico brasileiro, o cidadão que se considerar prejudicado em seus direitos fundamentais não tem a possibilidade de ingressar com reclamação constitucional contra um preceito jurídico, como na Alemanha e na Áustria, procedimento que resultaria em decisão com efeito *erga omnes*. É cabível ação ordinária questionando a constitucionalidade da lei no controle difuso, apenas.

A decisão de tal ação, de acordo com o ordenamento jurídico positivo brasileiro, tem efeitos *inter partes*, resolvendo o conflito concreto levado a juízo no processo em questão. Eventuais entendimentos jurisprudenciais em sentido diverso tem a consequência de exceder a competência constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, julgando o recurso extraordinário.

Se a decisão do controle difuso que confirma a inconstitucionalidade pleiteada deve obrigatoriamente ter efeitos retroativos, como decidida tradicionalmente pelo Supremo Tribunal Federal, ou se pode o órgão julgador conformar no tempo a decisão, é o que buscou resolver o presente trabalho, com os argumentos falando em favor da segunda hipótese.

Primeiramente, não há qualquer autorização legal para que o cidadão deixe de obedecer à norma que considere inconstitucional antes do ajuizamento da referida ação

ordinária, de modo que a decisão judicial é imprescindível, denotando o emprego da teoria da nulificabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Acrescendo-se à imprescindibilidade de decisão que declare o ato inconstitucional, a legislação brasileira, no artigo 27 da Lei 9.868 de 1999 prevê a possibilidade de fixação de eficácia temporal à decisão de inconstitucionalidade a partir de seu trânsito em julgado ou em outro momento, para as decisões do controle concentrado de constitucionalidade. Tal possibilidade vem sendo estendida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgamento dos recursos extraordinários, de modo que tal limitação de efeitos também vem sendo considerada aplicável ao controle difuso de constitucionalidade.

Resolvida a questão da possibilidade de se conferir efeitos diferentes do *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade, resta assentar quais argumentos são empregáveis para se definir o marco temporal de invalidade da lei contrária à Constituição.

A legislação elenca os argumentos da segurança jurídica e do excepcional interesse social como aptos a afastar a retroatividade. Do direito comparado, verificam-se outros argumentos favoráveis a fixação de outro marco temporal, diferente da data de promulgação da lei impugnada, como a proteção à confiança dos afetados pela decisão e o quão justificada era tal confiança, a definitividade de decisões transitadas em julgado e a possibilidade de a retroatividade acarretar em consequências jurídico-constitucionais negativas.

Ainda, determinadas circunstâncias analisadas pelos tribunais impõem que se empreguem outras fórmulas decisórias, como quando há mais de uma forma de se sanar a inconstitucionalidade, ou quando a mera suspensão dos efeitos da lei acarrete em outra situação inconstitucional. São, portanto, princípios constitucionais e direitos fundamentais que podem ser violados caso não se imponha um prazo de validade para a lei.

Os argumentos elencados nos dois parágrafos anteriores, devem ser ponderados com aqueles em sentido contrário, que falem em favor da consideração dos efeitos *ex tunc*, como o interesse estatal na retroatividade, visando à certeza jurídica decorrente da hierarquia formal e material das leis sob à Constituição e outros princípios constitucionais e direitos fundamentais careçam de uma decisão retroativa para que sejam devidamente protegidos. Nesse ponto, há que se ressaltar a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um “princípio da retroatividade”, ponderável com os argumentos anteriormente elencados.

Referências

Bibliográficas

BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893, 249 p.

HAMILTON, Alexander et al. *The Federalist Papers*. The Library of Congress. Disponível em: <http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_81.html>. Visualizado em 06 de março de 2016.

HECK, Luís Afonso. Die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit – vorgestellt am Beispiel der Normenkontrolle. In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 591-605

_____. *Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 141 p.

_____. *Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 88 p.

_____. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 124, out/dez 1994, p. 115-133.

_____. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012, 342 p.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998, 576 p.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012, 319 p.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 637 p.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 437 p.

MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 323 p.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2. Ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, 248 p.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, 326 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, 936 p.

STEPHENS, Pamela. *A nova doutrina da retroatividade: igualdade, confiança e stare decisis*. Trad. Pablo Giordano Bernardi Bombardelli. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2012, 85 p.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, 1470 p.

Jurisprudenciais

BRASIL, STF. *Habeas Corpus* nº 70.514/Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Julgado em 23.03.1994.

_____. *Habeas Corpus* nº 135.100/Minas Gerais. Decisão Monocrática. Publicada em 01.08.2016.

_____. Reclamação nº 4.335/Acre. Tribunal Pleno. Julgado em 21.03.2014.

_____. Recurso Extraordinário nº 79.343/Bahia. Segunda Turma. Julgado em 31.05.1977.

_____. Recurso Extraordinário nº 122.202/Minas Gerais. Segunda Turma. Julgado em 10.08.1993.

_____. Recurso Extraordinário nº 197.917/São Paulo. Tribunal Pleno. Julgado em 06.06.2002.

DEUTSCHLAND, BVerfGE 83, 130, 154.

ÖSTERREICH, Verfassungsgerichtshof, G 20/2015-13, G 281/2015-8.