



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A constitucionalização superveniente da norma originariamente inconstitucional

Christiane Louzão Costa de Sousa

Rio de Janeiro  
2009

CHRISTIANE LOUZÃO COSTA DE SOUSA

A constitucionalização superveniente da norma originariamente inconstitucional

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2009

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SUPERVENIENTE DA NORMA ORIGINARIAMENTE INCONSTITUCIONAL

**Christiane Louzão Costa de Sousa**

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo:** O Direito Constitucional brasileiro, desde a implementação de um sistema de controle de constitucionalidade, sempre adotou o dogma da nulidade da lei inconstitucional, de sorte que as declarações de inconstitucionalidade eram dotadas de caráter retroativo, sem possibilidade de modulação de efeitos ou convalidação dos atos normativos inconstitucionais. A essência do trabalho é explicitar a possibilidade de convalidação de uma norma originariamente inconstitucional, em razão de posterior Emenda Constitucional ou de nova Constituição.

**Palavras-chaves:** Modulação, inconstitucionalidade, convalidação, superveniente.

**Sumário:** Introdução; 1. Natureza jurídica da lei inconstitucional; 1.1. Surgimento do princípio da nulidade da lei inconstitucional; 1.2. Relativização e ponderação do princípio da nulidade da lei inconstitucional com outros princípios constitucionais; 1.3. A decisão de inconstitucionalidade no direito comparado; 1.4. O princípio da nulidade da lei inconstitucional e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a lei infraconstitucional originariamente inconstitucional e sua compatibilização com norma constitucional superveniente; 3. Posicionamento doutrinário acerca do tema; 4. Possibilidade de constitucionalização superveniente da lei originariamente inconstitucional; Conclusão; Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho proposto enfoca a temática do controle de constitucionalidade, mais especificamente a natureza da norma que nasce incompatível com a Constituição. O Direito

Constitucional brasileiro, desde a implementação de um sistema de controle de constitucionalidade, sempre adotou o dogma da nulidade da lei inconstitucional. Como consequência, as declarações de inconstitucionalidade eram dotadas de caráter retroativo, sem qualquer possibilidade de modulação de efeitos.

Com o passar do tempo e com o surgimento de situações concretas que exigiam um tratamento diferenciado, a doutrina constitucionalista e o Supremo Tribunal Federal começaram a rever o velho postulado da nulidade absoluta da lei inconstitucional, a fim de ponderá-lo com outros valores que seriam por demais sacrificados com uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa. As decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que em nosso sistema também é pela via direta e, em regra, abstrato, passaram a adotar fórmulas de modulações de efeitos, para que outros bens jurídicos em jogo também fossem resguardados.

Dessa forma, é possível afirmar que atualmente o dogma da nulidade da lei inconstitucional foi relativizado pelo princípio da segurança jurídica, de sorte que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal criou e copiou de outros modelos do direito comparado diversas técnicas de decisão, tanto em sede de controle difuso, quanto em sede de controle concentrado.

Apesar de toda essa modernização do controle de constitucionalidade brasileiro, o Supremo continua entendendo que a lei que nasce inconstitucional não pode ser convalidada, mesmo que depois a norma constitucional com a qual era incompatível seja retirada do ordenamento jurídico, cedendo espaço para uma norma com a qual haja compatibilidade.

Tal entendimento esposado pela Corte Maior encontra-se baseado no princípio da nulidade da lei inconstitucional, o qual, segundo a doutrina e a jurisprudência, apesar de permitir uma modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não pode ensejar uma convalidação da norma inconstitucional.

Busca-se, neste trabalho, fazer uma análise crítica sobre esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, para o qual não é possível haver uma constitucionalização superveniente de uma lei originariamente inconstitucional.

Para tanto, será feito um estudo acerca da natureza jurídica da lei que nasce incompatível com a Constituição, com uma análise do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Após, será realizado um exame da jurisprudência daquela Corte e da doutrina, entendendo pela invalidade da lei originariamente inconstitucional, não obstante haver a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Por fim, será feita uma investigação sobre a possibilidade de a lei que era inconstitucional em sua origem ser convalidada por uma norma constitucional superveniente com a qual passa a ser compatível.

## 1 – NATUREZA JURÍDICA DA LEI INCONSTITUCIONAL

Apesar de haver predominância de uma teoria sobre a outra, conforme será analisado neste tópico, muito ainda se discute no Direito Constitucional brasileira sobre a natureza jurídica da lei inconstitucional, sendo assunto longe de pacificação doutrinária.

Durante certo tempo, foi adotada irrestritamente na maioria dos países a idéia de que a lei inconstitucional seria nula, pois a incompatibilidade material com a Lei Maior jamais poderia ser sanada e produzir efeitos válidos. Todavia, esta idéia, após certo período, voltou a ser questionada, por razões de ordem prática, pois se começou a perceber que violaria a segurança jurídica dos cidadãos a não aplicação retroativa de ato normativo presumidamente válido, o qual, a principio, é dotado de operatividade e aplicabilidade imediata.

Desta forma, voltou a ser defendida a teoria de a natureza jurídica da lei inconstitucional de norma anulável, detentora de um vício que poderia ser convalidado e que apenas poderia deixar de produzir efeitos após a constituição do estado de invalidade.

Apesar de esta discussão doutrinária ser secular, cada vez vem ganhando maiores ares de modernidade, em razão da adoção de novas técnicas de decisão e da preservação de valore que antes não eram preservados pelo sistema constitucional.

### 1.1 – SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL

A Constituição, como norma hierarquicamente superior no sistema jurídico, disciplina a forma de produção das leis e determina os balizamentos para o seu conteúdo. Daí porque a violação desses preceitos previstos na Constituição enseja o controle de constitucionalidade dos atos normativos de hierarquia inferior (de que são exemplos as leis e os demais atos normativos).

Deve-se perquirir, com efeito, em que plano reside o vício da inconstitucionalidade. Em outras palavras, um ato inconstitucional deveria ser considerado inexistente, inválido ou ineficaz.

O plano da existência dos atos jurídicos em geral diz respeito à presença dos elementos constitutivos mínimos para sua existência, sendo certo que a sua ausência impede o ingresso do ato no mundo jurídico. Já no plano da validade, sé analisada a conformidade dos elementos constitutivos do ato jurídico com os atributos exigidos pela lei. O plano da eficácia, por seu turno, traduz-se pela aferição da possibilidade de o ato produzir efeitos, ou seja, de atingir a finalidade para o qual foi criado.

Pelo exposto, pode-se concluir que uma lei que contrarie os preceitos da Constituição, seja por vício formal ou material, possui vício aferido no plano da validade.

Assim, não se pode conceber que um ato legislativo possa ser considerado válido quando for contrário à Constituição, tendo em vista a sua supremacia normativa dentro do ordenamento jurídico. Por essa razão, segundo a doutrina constitucionalista pátria, aplica-se a sanção de nulidade para a norma constitucional, sendo a decisão, como decorrência lógica, declaratória, pois reconhece um estado prévio de inconstitucionalidade. Esta foi a tese adotada por Marshall no emblemático julgamento *Marbury versus Madison*.

Não poderia uma norma, ainda que por um determinado lapso temporal, produzir efeitos em desacordo com a Constituição, sob pena de violação direta do princípio da supremacia da Constituição. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso leciona que se uma lei inconstitucional pudesse reger determinada situação e produzir efeitos válidos, esse fato representaria a negativa da vigência da Constituição naquele período, em relação àquela matéria (BARROSO, 2009).

Para o doutrinador, a teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Essa, desta forma, seria a razão pela qual a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que refletiria o vício de origem do ato normativo inconstitucional, bem como a impossibilidade de convalidação do ato. (BARROSO, 2009).

Para outro entendimento, a lei inconstitucional seria, tão-somente, anulável. Como consequência, a decisão proferida no âmbito do controle de constitucionalidade teria natureza constitutiva negativa, com eficácia *ex nunc*. Este é o entendimento esposado por Hans Kelsen e que prevalece até hoje na Áustria (KELSEN, 1985).

Para o jurista, a lei seria inválida até que decisão posterior viesse a reconhecer o vício da inconstitucionalidade, de sorte, que, antes desta decisão, não poderia deixar de ser

aplicada. Esta tese defendida por Kelsen possui um fundamento histórico, já que, com a adoção desta idéia da anulabilidade, ele objetivava evitar que os juízes deixassem de aplicar as leis, sob o argumento de que seriam inconstitucionais, a fim de que não fosse instaurado verdadeiro *governo de juízes*.

No Brasil, este posicionamento é defendido por Regina Maria Macedo Nery Ferrari (FERRARI, 1999) e por Pontes de Miranda (MIRANDA, 1970).

Esta teoria, contudo, não teve a adesão da maior parte da doutrina pátria, nem dos ordenamentos jurídicos. No Brasil, foi adotada a teoria da nulidade da lei inconstitucional desde a República, apesar não ser, atualmente, um entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência.

Ocorre que, em determinadas hipóteses, a aplicação acrítica da teoria da nulidade da norma inconstitucional pode gerar violações reflexas ao ordenamento jurídico, em prejuízo aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, razão pela qual as Cortes Constitucionais dos países que adotaram o dogma da nulidade da lei inconstitucional procuraram uma forma de relativizá-lo, com a aplicação de diferentes técnicas de decisão no âmbito do controle de constitucionalidade.

## 1.2 – RELATIVIZAÇÃO E PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL COM OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Começou-se a questionar acerca da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, com base no argumento de que o objetivo do Direito é conferir segurança jurídica e certeza a toda a sociedade. Assim, a declaração *ex tunc*, em determinadas hipóteses, poderia



desestabilizar relações jurídicas firmadas sob a égide da lei declarada inconstitucional, o que vai de encontro à finalidade de todo o sistema jurídico.

Todavia, tal mitigação da regra da retroatividade absoluta não pode ser levada a efeito ao ponto de caracterizar uma derrogação da norma constitucional violada.

Junto com este novo pensamento, surgiu a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade, com o fim de que pudessem ser resguardadas situações jurídicas constituídas sob a égide da lei inconstitucional. Um exemplo elucidativo da necessidade de mitigação do princípio da nulidade da lei inconstitucional é o caso da declaração de inconstitucionalidade de lei que institui ou majora tributo.

Caso fosse adotada a regra da nulidade absoluta, gerando a decisão efeitos *ex tunc*, o Estado teria que devolver os tributos recolhidos indevidamente, o que, fatalmente, geraria um grande impacto nos caixas públicos. Nesta hipótese, é imperiosa a conservação de determinados efeitos jurídicos produzidos pela norma inconstitucional, a fim de resguardar os demais valores que estão em jogo.

Nesse viés, deve-se mencionar que existe autorizada doutrina (FERRARI, 1999) sustentando a natureza constitutiva da decisão de inconstitucionalidade, para a qual a norma apenas pode ser considerada inconstitucional a partir da decisão que efetivamente afirma sua incompatibilidade com a Lei Maior.

Assim, haveria a declaração da preexistência de um direito e, a partir da sentença, a alteração de um estado. Essa linha de pensamento se sustenta no fato de a lei inconstitucional ser anulável e, não, nula, de sorte que, antes da decretação do vício pelo órgão competente, não pode o ato normativo ser considerado maculado. Enquanto não for considerada inconstitucional, a lei opera seus efeitos de forma eficaz. Conforme já mencionado, este é o raciocínio abraçado pelo sistema austríaco, de Hans Kelsen (KELSEN, 1985).

Nada obstante, a orientação que continuou prevalecendo foi a de que a decisão teria natureza declaratória, em razão da nulidade da lei inconstitucional, adotada pelo modelo norte-americano. A decisão não teria o condão de modificar o estado da lei para o estado de inconstitucionalidade, mas apenas de declarar esta situação preexistente.

A mitigação do princípio da nulidade da lei inconstitucional, que se concretiza pela modulação de efeitos em controle de constitucionalidade, foi permitida com a promulgação do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que assim dispõe que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal poderá, 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.

Contudo, há certa divergência sobre qual o valor constitucional que seria ponderado nos casos de modulação. Há quem sustente que seria a própria norma constitucional violada, pois, ao dar vida, ainda que por um breve espaço de tempo à lei inconstitucional, considerando como válidos alguns efeitos por ela produzidos, a norma violada estaria tendo sua eficácia restringida.

Por outro lado, há doutrina que entende que o princípio da nulidade da lei inconstitucional, o qual decorre da Supremacia da Constituição, estaria sendo ponderado com o princípio da segurança jurídica, de sorte que a regra da nulidade absoluta seria relativizada, em prol de bens jurídicos dignos de igual tutela constitucional.

A evolução na doutrina e jurisprudência constitucionalista foi tão grande, que se chegou ao ponto de aceitar que o ato inconstitucional produza efeitos mesmo após a declaração de sua inconstitucionalidade, o que confronta totalmente com a idéia clássica e arcaica de sentença declaratória com efeitos *ex tunc* em controle de constitucionalidade. Para tanto, a doutrina teve que se despir dos velhos e rígidos conceitos de supremacia formal da

Constituição, a fim de que fosse conferida maior proteção aos princípios da segurança jurídica e às situações consolidadas.

Essa mudança de pensamento não veio para desprestigiar a superioridade que a Lei Fundamental deve ostentar em um ordenamento jurídico, mas, sim, para conferir maior força normativa aos seus preceitos.

A declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, sem análise casuística das situações geradas pela lei declarada inconstitucional é que geraria desprestígio à Constituição, a despeito de ser considerada de pleno rigor técnico, pois revelaria atividade judicial totalmente distante das realidades sociais.

Sabe-se que, atualmente, o Direito não pode ser encarado com frieza por seus intérpretes, os quais devem utilizar, em seus trabalhos de hermenêutica, suas experiências e impressões sobre o caso examinado, a fim de que o interpretem e apliquem com a sensibilidade de um ser humano.

Nesse contexto, vale trazer à colação os ensinamentos de Eros Roberto Grau, segundo o qual, na interpretação de textos normativos, ocorre algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Conforme expõe o jurista, não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Nega, dessa forma, a existência de uma única resposta correta para o caso— ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico (GRAU, 2005).

Por isso, os ordenamentos jurídicos prevêm cláusulas abertas, permitindo ao julgador um maior juízo de valor, a fim de adequar o preceito à realidade do caso concreto apreciado.

Com a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo não é diferente. O órgão competente para declarar o vício não pode tão-somente fazer uma análise fria da letra

da lei e sua comparação com a norma constitucional violada, como era feito antigamente, devendo, ao revés, refletir que efeitos foram produzidos e que situações foram consolidadas enquanto a lei viciada vigia.

Deve-se, portanto, realizar um juízo de razoabilidade acerca da declaração de inconstitucionalidade, de modo que seja feita uma ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido pela retroatividade da decisão.

Trata-se, em síntese, de um processo de ponderação de interesses, o qual, segundo Ana Paula de Barcellos, pode ser estruturado em três etapas. Em uma primeira fase, são identificados os comandos normativos ou as normas relevantes que estão em conflito. Cabe notar que algumas vezes o conflito se estabelece não entre disposições constantes do ordenamento jurídico, mas entre interesses que se opõem, hipótese na qual deverá ser verificado se esses interesses podem ser reconduzidos a normas jurídicas (BARCELLOS, 2005).

Seria contrária até mesmo à legítima expectativa dos cidadãos, como uma vertente do princípio da segurança, a retroatividade total da declaração de inconstitucionalidade, pois, a despeito de não terem direito adquirido à não declaração de inconstitucionalidade da norma na qual se basearam para firmar relações jurídicas, têm direito à preservação da segurança jurídica.

Sobre o dever de preservação da confiança legítima dos cidadãos, Cármen Lúcia Antunes Rocha leciona que a segurança do Direito é um valor jurídico que exige sua positividade, ao passo que a segurança jurídica é uma garantia que decorre dessa positividade. O Direito Constitucional positivo é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. De acordo com a Constituição, a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. Para este, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a

qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica representa a garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, fazendo com que determinada relação jurídica se mantenha estável, mesmo se for modificada a base legal sob a qual se estabeleceu (ROCHA, 2004).

Portanto, para promover essa proteção, o julgador deve fazer uma racionalização dos efeitos que devem ser resguardados.

### 1.3 – A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO:

No modelo austríaco de controle de constitucionalidade, a decisão não declara a incompatibilidade da lei com a Constituição, mas, sim, a constitui. Desta forma, tem natureza constitutiva, gerando, via de regra, efeitos *ex nunc*. Apenas em casos excepcionais pode a Corte Constitucional atribuir efeitos *ex tunc* à decisão.

Já o modelo português possui previsão normativa parecida com a do art. 27 da Lei 9868/98. Assim, em regra, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos retroativos, salvo caso de interesse público de excepcional relevo.

Na Espanha, desde 1989, a Corte Constitucional vem adotando a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, principalmente com relação a dispositivos de leis orçamentárias.

No sistema norte-americano, inicialmente, as declarações de inconstitucionalidade tinham sempre eficácia retroativa, prestigiando o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Todavia, foi admitida a modulação de efeitos a partir do caso *Linkletter v. Walker*, de 1965, a fim de impedir a aplicação retroativa do entendimento fiado no caso *Mapp v. Ohio*, segundo o qual as provas obtidas ilegalmente não poderiam ser utilizadas no processo criminal.

No direito alemão, predomina a idéia de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional. Nada obstante, trata-se do sistema em que há a maior diversidade de técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, podendo-se destacar os métodos do apelo ao legislador e da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

A técnica do apelo ao legislador foi aplicada primeiramente pela Corte Alemã em 1954, tendo sido utilizada a expressão *Appellentscheidung* pela primeira vez em 1970. A denominação conferida pelo Direito Alemão, contudo, encontra divergência na doutrina. Para alguns, seria a decisão em que o Tribunal reconhece a situação do “ainda constitucional”, ao passo que, para outros, seria a decisão que declara a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade da norma. Esta forma de decisão ainda encontra resistência de alguns doutrinadores.

Já a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade está prevista na Lei do *Bundesverfassungsgericht* desde 1970.

#### 1.4 – O PRINCÍPIO DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por muitos anos, o Supremo Tribunal Federal seguiu a tendência mundial de acolher em suas decisões o dogma da nulidade da lei inconstitucional. Dessa forma, ao reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, pronunciava sua nulidade e absoluta inaptidão para produzir quaisquer efeitos. Os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional, portanto, não poderiam subsistir à sua declaração de inconstitucionalidade.

Cite-se, por exemplo, a decisão de relatoria do Ministro Moacyr Amaral dos Santos, que, ao se manifestar nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 17976/SP, em sede de controle difuso, no ano de 1968, concluiu que a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Em outra oportunidade, o mesmo Ministro, ao apreciar os Embargos em Recurso Extraordinário nº 61351/RN, deixou assentado que do ato nulo não pode nascer qualquer direito.

Verifica-se, assim, que a Corte Constitucional, inspirada pelo princípio da nulidade da lei inconstitucional, entendia que o reconhecimento da inconstitucionalidade gerava efeitos *ex tunc*, desconsiderando quaisquer efeitos produzidos pela norma impugnada.

A eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade foi impugnada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 513, no ano de 1991, tendo o Supremo Tribunal Federal rejeitado a tese do surgimento de uma lacuna jurídica ameaçadora que justificasse o afastamento do postulado de que a lei inconstitucional não produziria qualquer efeito válido.

É imperioso citar que, já em 1977, o Ministro Leitão de Abreu, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 79.343, inclinou-se pela tese da anulabilidade da norma inconstitucional, a qual ensejaria decisão de natureza constitutiva.

Não obstante, ainda que sem adotar expressamente a tese da anulabilidade da lei inconstitucional, a Corte Constitucional apenas mitigou o dogma da nulidade anos depois, permitindo a modulação de efeitos das decisões, como se pode verificar das decisões que serão mencionadas adiante.

Cite-se, por exemplo, a decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 197917/SP, cujo objeto foi a declaração de inconstitucionalidade incidental de norma municipal que estabelecia a composição da Câmara de Vereadores, sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população. Na decisão, ficou assentado que a

declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente, devendo prevalecer o interesse público a fim de que seja assegurado, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Assim, não obstante a inconstitucionalidade da norma, não seria razoável que os mandatos exercidos em número excedente fossem considerados nulos, com a conseqüente declaração de nulidade de todos os atos legislativos produzidos pelos seus titulares.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3022/RS, cujo objeto foi a declaração de invalidade de norma estadual que atribuía à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente, modulou os efeitos de sua decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tivesse efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004.

No mesmo sentido, aquela Corte Constitucional, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.904, na qual era impugnada a compatibilidade material com a Constituição da república de dispositivo de Lei Complementar do Estado do Paraná, o qual dispunha sobre regras especiais de aposentadoria do policial civil, conferiu eficácia *ex nunc* à sua decisão, de modo a preservar a situação jurídica de todos os servidores aposentados até a data da sessão deste julgamento.

Como se pode perceber, apesar da adoção do princípio da nulidade da lei inconstitucional pelo Direito Constitucional brasileiro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em hipóteses excepcionais, vem admitindo a atenuação do caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade, tanto no controle difuso quanto no concentrado, a fim de resguardar outros valores constitucionais igualmente importantes, que seriam



desconsiderados no caso de declaração de inconstitucionalidade com caráter retroativo irrestrito.

## 2 – POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A LEI INFRACONSTITUCIONAL ORIGINARIAMENTE INCONSTITUCIONAL E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM NORMA CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE

Não obstante a flexibilização da teoria da nulidade da norma inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal não vem admitindo a convalidação de norma infraconstitucional pelo advento de reformas constitucionais. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal não encampou fenômeno da constitucionalização superveniente.

Tal entendimento ficou assentado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 390840/MG, no qual aquela Corte Constitucional posicionou-se, de forma expressa, no sentido de que o sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente de lei originariamente inconstitucional. O caso versava sobre a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei 9718/98, o qual ampliava o conceito de receita bruta para abranger a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade exercida e da classificação contábil adotada. Todavia, a jurisprudência do Supremo era consolidada no sentido de que, sob a égide da redação originária do art. 195 da Constituição, as expressões receita bruta e faturamento eram sinônimas, estando relacionadas à venda de mercadorias, de serviços, ou de mercadorias e serviços. Desta forma, ainda que tal equivalência das expressões tenha restado superada pela

Emenda Constitucional nº 20/1998, esta não teria o condão de convalidar a inconstitucionalidade da lei gerada de forma incompatível com a Carta da República.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 412689/SP, concluiu que é inconstitucional lei que preveja a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas anteriormente à Emenda Constitucional nº. 29, de 13 de setembro de 2000, a qual incluiu o §1º no artigo 156 da Constituição, passando a admitir, expressamente, a progressividade fiscal.

Ainda sob o escólio desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 593586/SP, deixou assentado que é inconstitucional a cobrança, na vigência da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, da contribuição previdenciária sobre os proventos de inativos e pensionistas prevista na Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999, ainda que a Emenda n. 41, de 19 de dezembro de 2003, tenha passado a permitir, em sede constitucional, esta cobrança.

Noutro julgado (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 479587/MG), a Corte Constitucional manteve a sua orientação no sentido de que a Taxa de Iluminação Pública é inconstitucional, uma vez que seu fato gerador tem caráter inespecífico e indivisível. Assim, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional n. 39, de 19 de dezembro de 2002, que, introduzindo o artigo 149-A na Constituição, criando a Contribuição de Iluminação Pública, as leis editadas antes, que previam mesmo tributo, mas sob a denominação da “taxa”, não poderiam ser alicadas.

Como se pode perceber, a tese da nulidade da lei inconstitucional – que, como dito, macula a validade da norma – vem orientando aquela Corte Constitucional a não admitir a convalidação da norma inconstitucional, ao argumento de que o vício da inconstitucionalidade não poderia gerar efeitos jurídicos.

Tal entendimento, contudo, não se apresenta consentâneo com os princípios que orientam a interpretação da ordem constitucional, como será demonstrado adiante.

### 3 – POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO ACERCA DO TEMA

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em texto sobre o assunto, sustenta que deve ser feita uma diferenciação entre a situação de uma norma inconstitucional que passa a ser compatível com uma Emenda Constitucional e de uma norma que passa ser compatível com uma nova Constituição (MELLO, 2006).

Isto porque, para o doutrinador, uma nova Constituição rompe totalmente com o sistema constitucional anterior, não encontrando nele seu fundamento de validade. Desta forma, todo o ordenamento infraconstitucional, em regra, deveria deixar de existir. Contudo, há uma necessidade concreta de que tais normas subsistam, para que não haja necessidade de legislar partindo-se da estaca zero.

Já a Emenda Constitucional, apesar de modificar o sistema constitucional, não rompe com a Constituição anterior, pois nela encontra seu fundamento, tratando-se de obra do poder constituinte reformador, que não deixa de ser constituído. As leis anteriores à Emenda, destarte, nem precisariam ser recepcionadas, posto que estariam mantidas no mesmo sistema jurídico.

O autor sustenta que, mesmo neste caso – de Emenda Constitucional posterior –, a hipótese não seria de convalidação do ato normativo anterior, uma vez que esta sempre teria efeitos retroativos.

Uma lei que viola a Constituição não será válida, mesmo sem ter sido expulsa do sistema. Assim, para o doutrinador, não se poderia concluir que a lei apenas pode ser considerada inválida quando declarada sua invalidade.

Sob outra perspectiva, também não poderia ser dito que o suporte de validade posterior da norma teria eficácia retroativa, uma vez que, no sistema constitucional vigente, vigora o princípio da irretroatividade das leis. Destarte, salvo caso de nova Constituição, a qual não teria compromisso com a ordem jurídica anterior, uma nova norma constitucional não poderia ter o poder de retroagir para conferir validade inicial a uma lei originariamente viciada.

Por outro aspecto, não haveria como a Emenda posterior outorgar validade à lei originariamente inconstitucional, com efeitos contados dali por diante, porquanto o ordenamento constitucional não pode compactuar com sua própria burla. Não pode ser dado ao próprio autor da inconstitucionalidade, violador do Direito, o poder de fraudá-lo eficazmente, com o aval do ordenamento jurídico. Isto seria premiar a má-fé e a conduta desleal do próprio Estado.

Como conclusão, o autor explicita que a única interpretação possível para a hipótese seria a de que a Emenda superveniente não constitucionaliza a norma inicialmente inválida. Para que sejam produzidos efeitos semelhantes aos da lei originariamente inválida, após a Emenda, seria necessária a edição de nova lei com teor igual. Como a Emenda não representa ruptura com o ordenamento anterior, mas, ao contrário, nele se funda, seria inadmissível que teria o condão constitucionalizar, ainda que para o futuro, leis originariamente inconstitucionais.

Por sua vez, Melina Breckenfeld Reck leciona que a expressão constitucionalização superveniente é utilizada para denominar o fenômeno no qual uma lei originariamente inconstitucional apresenta-se compatível com as modificações introduzidas na Constituição,

por meio do exercício do poder reformador. Desta forma, a lei nasce em descompasso à Constituição, de sorte que, após o advento da emenda constitucional, a razão da contrariedade com a Lei Maior não mais existe (RECK, 2005).

A autora conclui que as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, que permitiram a atenuação dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, não tiveram o condão considerar anulável a lei inconstitucional, tampouco tornou possível a convalidação da lei inconstitucional. Isto porque o postulado da nulidade possui fundamento constitucional, não podendo ser maculado ou modificado por lei infraconstitucional.

Ademais, não haveria um vínculo necessário entre nulidade da norma e os efeitos retroativos, pois estes não decorrem do vício de nulidade, mas, sim, da própria decisão. Além disto, o próprio Supremo Tribunal Federal, antes dessas Leis, em alguns julgados, vinha reconhecendo a necessidade de atenuar a retroatividade absoluta das declarações de inconstitucionalidade, sem, no entanto, passar a considerar a lei inconstitucional anulável. Por fim, a modulação de efeitos decorre da ponderação entre princípios constitucionais, não havendo eliminação do princípio que esteja em conflito.

#### 4 – POSSIBILIDADE DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEI ORIGINARIAMENTE INCONSTITUCIONAL

Conforme já restou demonstrado no presente trabalho, a possibilidade de constitucionalização superveniente não vem sendo aceita pela maioria da doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal, que é a Corte incumbida de interpretar as normas constitucionais e infraconstitucionais, a fim de aferir a compatibilidade destas com aquela.

Todavia, deve-se ressaltar que tal alternativa apenas é rechaçada no direito pátrio, levando-se em consideração, de forma absoluta, o dogma da nulidade da lei que nasce incompatível com a Constituição. De fato, se um ato jurídico, seja ele normativo ou não, é dotado do vício insanável, este ato não pode jamais ser convalidado, não produzindo qualquer efeito. Com isto, se quer dizer que, pelo princípio da nulidade da lei inconstitucional, adotada pelos constitucionalistas brasileiros, a norma infraconstitucional que vem à lume sem estar de acordo com a Constituição da República, seja sob o ponto de vista formal, seja sob o ponto de vista material, não pode produzir qualquer efeito no mundo jurídico, sem poder disciplinar relações jurídicas quaisquer.

Como já exposto, o referido princípio vem sendo mitigado pela doutrina e pela jurisprudência, passando a se admitir que haja uma modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade, com isto se permitindo que a norma jurídica declarada inconstitucional seja apta a regular relações durante certo período de tempo. Permitiu-se, pela jurisprudência, até mesmo que, em sede de controle de constitucionalidade, a lei controlada não seja declarada nula, não obstante reconhecida sua incompatibilidade com a Lei Maior. Desta forma, o direito brasileiro vem relativizando o princípio da nulidade da lei inconstitucional, ponderando-o com outros princípios e valores igualmente protegidos.

Há uma certa incoerência em entender que há total desvinculação entre o vício da nulidade e os efeitos retroativos da decisão, porquanto, conforme entendimento clássico, sempre foi decorrência da nulidade absoluta a não produção de quaisquer efeitos válidos. Assim, não se pode negar que, se a lei produziu efeitos confirmados pela Corte Constitucional, de nulidade absoluta não se pode tratar.

Este é um palco fértil para que possa ocorrer uma reviravolta no sistema até hoje adotado, no sentido de que se abandone o velho dogma e a passe a ser adotada a idéia de anulabilidade da lei inconstitucional.

Com a adoção da mencionada idéia, que não está longe de ser concretizada pela doutrina e pelos modernos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, não haverá qualquer problema em se entender que a norma que nasce desconforme com a Constituição possa ser convalidada, com a posterior edição de uma Emenda Constitucional ou até mesmo de uma nova Carta Política.

Ressalte-se que não há qualquer relação entre o convalidamento da lei originariamente inconstitucional e o advento das Leis 9868 e 9882, uma vez que a modulação já era permitida antes mesmo destes diplomas legais, pois encontra supedâneo no sistema constitucional. Frise-se que, se assim não fosse, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade ao menos poderiam ser modulados, pois não seria possível relativizar a Supremacia da Constituição apenas por causa de um dispositivo legal. A modulação somente é possível porque se trata de ponderação entre princípios constitucionais, independentemente de previsão legal expressa

Assim, partindo-se da premissa de que a norma, para ser declarada inconstitucional, necessita de uma declaração, neste sentido, do órgão competente – Supremo Tribunal Federal –, enquanto esta não fosse realizada, não poderia o ato normativo ser considerado inválido, posto que permaneceria no ordenamento jurídico. Desta forma, enquanto não constituída a invalidade da norma, que pressuporia um estado de inconstitucionalidade anterior, ela permaneceria produzindo efeitos no ordenamento jurídico.

Nesta ordem de idéias, caso uma norma incompatível com a Constituição viesse a ser tornar compatível com o texto constitucional em virtude de uma Emenda ou de uma nova ordem Constitucional, não haveria óbice para que seu vício fosse considerado sanado, já que deixaria de haver aquele estado de inconstitucionalidade que pressupõe o controle.

Não é necessária que se faça uma diferenciação entre a hipótese de Emenda posterior convalidadora e de uma nova Constituição. A se admitir que há diferença entre as duas

situações, se está afirmando, pelo menos, que, no caso de nova Constituição, não há qualquer óbice para a o reconhecimento da constitucionalização da lei originariamente inconstitucional.

Apesar disto, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela inconstitucionalidade deste ato normativo antes viciado, como já foi demonstrado neste trabalho. Todavia, em total descompasso com a lógica, apesar de entender que a referida norma é inconstitucional, haja vista que tal vício não convalesceria, não admite seu controle pela via direta, pois o parâmetro com o qual seria incompatível não mais existiria. Ora, se este parâmetro não mais existe, não há sentido então em se entender que a norma ainda padece do vício de inconstitucionalidade.

Além de desprovido de lógica o raciocínio adotado pela Corte, ainda representa uma idéia contraproducente e apegada ao formalismo, pois, ao entender pela inconstitucionalidade do ato normativo que nasceu viciado, não permite sua aplicação, mesmo após o surgimento de norma constitucional com a qual se torne compatível, mas admite que seja criado ato normativo com teor idêntico, o qual seria constitucional. Não há razões para que se repudie uma lei, pois teria sido criada em desconformidade material com a Constituição e se aceite que, se vier depois uma norma de idêntica redação, esta será aceita, pois, agora sim, este ato normativo pode dispor desta maneira.

Como exemplo prático desta situação, pode-se citar a progressividade fiscal do IPTU. Antes da Emenda Constitucional nº 29/2000, não era possível a cobrança progressiva do mencionado imposto, salvo no caso do art. 182, §4º, II, uma vez que a jurisprudência tem o entendimento de que o princípio da progressividade apenas pode ser aplicado nos casos expressos na Constituição, por tratar-se de exceção. Nada obstante, várias leis municipais, ao instituírem o tributo, previram alíquotas progressivas em razão do valor do bem, as quais, sem dúvida, nasceram com um vício de inconstitucionalidade.



Com o advento da Emenda Constitucional nº 29/2000, a Constituição passou a permitir a instituição de progressividade fiscal no IPTU, tendo em vista o valor do imóvel tributado. O Supremo Tribunal Federal, destarte, entendeu que as leis editadas antes do advento da Emenda seriam inconstitucionais, uma vez que já teriam nascido viciadas.

No contexto do que está sendo exposto no presente trabalho, não haveria sentido para que se entendesse que as leis municipais seriam inconstitucionais, mas, ao mesmo tempo, entender que seria possível a edição de atos normativos posteriores idênticos, os quais seriam válidos. Entendimento semelhante resultaria em formalismo excessivo, ao se exigir para o atingimento de certo fim a edição de ato igual, mas após a Emenda Constitucional convalidadora.

Com isto não se quer dizer que devem ser resguardados os efeitos produzidos antes da Emenda Constitucional, já que estes, sem dúvida, seriam inválidos. Assim, seria possível uma modulação da convalidação da norma originariamente inconstitucional, pois, se esta, ao ser editada, não poderia produzir efeitos válidos, após a reforma da Constituição, passou a ser constitucional, sendo desnecessária a edição de nova lei de idêntica substância.

Assim, não há como se falar que a convalidação sempre deveria produzir efeitos retroativos, uma vez que esta poderia se aplicar a partir do momento em que a norma infraconstitucional passou a ser tornar constitucional.

Neste diapasão, os Municípios poderiam cobrar o IPTU de forma progressiva, com fundamento na lei editada antes da Emenda Constitucional nº 29/2000, mas esta cobrança apenas seria válida após a edição da referida Emenda, pois os efeitos anteriores a ela não teriam validade. Seria desnecessária, assim, a edição de nova lei municipal prevendo a progressividade fiscal do IPTU.

Da mesma forma, deve ocorrer no caso de incompatibilidade formal originária do ato infraconstitucional. Cite-se como exemplo a hipótese de ser editada lei ordinária versando

sobre assunto que deveria ser veiculado por meio de lei complementar. Caso posteriormente venha uma Emenda ou uma nova Constituição, exigindo para aquela matéria lei ordinária, não terá qualquer fundamento racional o entendimento pela inconstitucionalidade daquela norma.

Dessarte, se o próprio constituinte entendeu que aquela previsão da lei infraconstitucional não mais seria contrária ao sistema constitucional, ou que não mais seria exigida veiculação por ato normativo com quorum qualificado, não pode o intérprete fazer um raciocínio extremamente formalista e desprovido de sentido prático, para entender que, uma vez inconstitucional o ato, assim o será para sempre.

No caso de surgir Emenda posterior àquela lei incompatível com a Constituição, que passe a permitir a situação até então tida como inconstitucional, não há como se presumir que houve má-fé do legislador ao editar o ato normativo inconstitucional. Vícios acontecem em quaisquer atos jurídicos, sejam eles normativos ou não, razão pela qual não se pode presumir que justamente o legislador, representante do povo, agiria com fraude toda vez que editasse atos inconstitucionais. Ademais, não teria sentido em o Poder Legislativo tentar fraudar o sistema constitucional, adiantando futuro texto de Emenda, em corpo de ato infraconstitucional. Como ambos os atos são produzidos pelo mesmo Poder, não haveria qualquer proveito a justificar a configuração desta má-fé.

Burla ao sistema jurídico seria desprestigiar outros valores constitucionais, ao argumento de que deve ser privilegiado tão-somente o princípio segundo o qual a lei inconstitucional jamais pode ser convalidada. Isto configuraria verdadeiro desvio de perspectiva, resguardando o sistema jurídico por si só e, não, em razão, dos interesses que ele visa tutelar.

## CONCLUSÃO

Conforme exposto no item anterior, a doutrina e a jurisprudência estão caminhando para abandonar o dogma da nulidade da lei inconstitucional. Não há qualquer empecilho legislativo ou de ordem constitucional para que o princípio continue a ser adotado, tanto que vem sendo relativizado cada vez com mais frequência nos julgamentos proferidos em sede de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado. É raro encontrar caso em que foi aplicado em sua totalidade, sem qualquer modulação ou limitação de efeitos na declaração.

Neste sentido, melhor seria ao direito constitucional, à semelhança de países em que o controle de constitucionalidade também permite adaptar a declaração de inconstitucionalidade ao caso concreto, que fosse adotada a idéia da anulabilidade da norma inconstitucional.

Dessarte, seria mais bem justificada a produção de efeitos de uma lei incompatível com a Constituição, bem como possibilitada uma superveniente convalidação daquela, no caso de vir a se tornar compatível com uma futura Emenda Constitucional ou até mesmo com uma nova Constituição. Assim, seria poupado o esforço do Legislativo, que não teria que produzir norma idêntica que, por razões de mero formalismo doutrinário, foi declarada inconstitucional, a despeito de ter se tornado compatível com o sistema jurídico.

Por fim, ainda que se entenda pela tese de que o ato normativo inconstitucional possui a natureza jurídica de ato nulo, não se vislumbra óbice para sua convalidação, adotando-se os mesmos fundamentos esposados no presente trabalho, bem como os que justificam a modulação temporal de efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos dias atuais.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar 2005.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009

BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999.

BRASIL. Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS n. 17976. Relator: Min. Moacyr Amaral dos Santos. Publicado no DOU de 26.09.1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 61351. Relator: Min. Moacyr Amaral dos Santos. Publicado no DOU de 20.09.1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 513. Relator: Min. Célio Borja. Publicado no DOU de 30.10.1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 79343. Relator: Min. Leitão de Abreu. Publicado no DOU de 02.09.1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 197917. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DOU de 07.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3022. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DOU de 04.03.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2904. Relator: Min. Menezes Direito. Publicado no DOU de 25.09.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 390840. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DOU de 15.08.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 412689. Relator: Min. Eros Grau. Publicado no DOU de 24.06.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 593586. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DOU de 29.10.2009.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 479587. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DOU de 20.03.2009
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda Constitucional superveniente. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 06, abr/mai/jun, 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-CELSONANTONIO.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 13, jan/fev/mar, 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 25 set. 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2006 (Caderno de Direito Constitucional: módulo V).
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RECK, Melina Breckenfield. *Constitucionalização superveniente?* Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/revista\\_on\\_line/artigo%2020.pdf](http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2020.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2009.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.