

A Mitigação da Nulidade da Lei Inconstitucional

The Attenuation of The Nullity of Unconstitutional Law

Luís Fernando Sgarbossa*
Geziela Iensue**

Resumo

A teoria da invalidade das normas inconstitucionais é central para a compreensão da jurisdição constitucional e dos institutos de controle de constitucionalidade. O campo exige um aprofundamento teórico, na medida em que a literatura especializada ainda se apega excessivamente a esquemas ideais que associam as teses da nulidade e da anulabilidade das leis inconstitucionais a diferentes modelos de controle de constitucionalidade de maneira relativamente acrítica. O presente artigo pretende explorar a temática, demonstrando as causas da mitigação da tese da nulidade das normas inconstitucionais e a consequente aproximação dos sistemas que consagram esta tese ou sua rival. As conclusões parecem demonstrar a necessidade de tal mitigação em diversas experiências constitucionais, bem como os aspectos positivos de que ela pode se revestir, sem ocultar, no entanto, alguns riscos que enseja. O artigo demonstra a necessidade de uma revisão da concepção teórica da invalidade das normas inconstitucionais, sustentando que uma visão que combine as duas teorias rivais tende a ser melhor, em termos teóricos e práticos, do que as concepções tradicionais.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Invalidade. Nulidade. Mitigação.

* Professor Adjunto do Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Campo Grande – Mato Grosso do Sul – Brasil. Email: lfsgarbossa@uol.com.br. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná

** Pesquisadora Bolsista DCR CNPQ/FUNDECT vinculada ao Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Campo Grande – Mato Grosso do Sul – Brasil. Email: igeziela@gmail.com

Abstract

The Theory of invalidity of unconstitutional laws is central to the understanding of constitutional jurisdiction and constitutional control institutes. The field requires a theoretical deepening, to the extent that the literature remains too attached to ideal schemes linking the thesis of nullity and annullability of unconstitutional laws to different models of judicial review in an uncritical way. This article explores this theme, showing the causes of the attenuation of theory of nullity of unconstitutional laws and the forthcoming of the systems that enshrine this thesis or his rival. The findings seem to show the need for such attenuation in several constitutional experiences as well as the positive aspects that it may assume, without hiding, however, some risks that entails. The article demonstrates the need for a review of the theoretical concept of invalidity of unconstitutional rules, arguing that a vision that combines the two rival theories tends to be better in theoretical and practical terms, than traditional conceptions.

Keywords: *Unconstitutionality. Invalidity. Nullity. Attenuation.*

Introdução

O presente artigo propõe-se a examinar a mitigação da teoria da nulidade da lei inconstitucional, de origem norte-americana, ocorrida em diversos sistemas jurídicos, inclusive no norte-americano e naqueles por ele influenciados. Revisando a associação simplista entre a teoria da nulidade e a matriz norte-americana de controle de constitucionalidade, e entre a teoria da anulabilidade e a matriz austríaca, o artigo pretende fazer algumas contribuições para uma melhor compreensão da matéria.

O primeiro tópico destina-se a reexaminar brevemente a concepção escalonada do ordenamento jurídico e a noção de constituições rígidas que predeterminam em certa medida o direito infraconstitucional válido. O segundo tópico examinará a complexa temática da regularidade e do controle da produção jurídica nos ordenamentos jurídicos assim estruturados, tema no qual se inserem variadas questões, como a da inconstitucionalidade e da ilegalidade. O terceiro tópico exporá aquela que

se pode denominar de Teoria das Invalidades no Direito Constitucional em sua formulação mais tradicional, que será objeto de revisão no tópico seguinte, destinado ao exame da relativização da tese da nulidade da lei inconstitucional, ocorrida mesmo no Direito Constitucional norte-americano e em sistemas constitucionais influenciados por aquele, como o brasileiro.

Ao final, serão feitas algumas reflexões, a título de conclusão, sobre os aspectos positivos e sobre os riscos decorrentes do referido fenômeno, evidenciando-se a necessidade de se conferir um tratamento teórico mais adequado da temática.

1 A concepção escalonada do ordenamento e as constituições

A noção de hierarquia normativa e da possibilidade de controle de validade das normas hierarquicamente inferiores em contraste com as normas de hierarquia superior é antiga no pensamento político e jurídico ocidental.

Muito antes da moderna concepção escalonada do ordenamento, desenvolvida e difundida por autores como Adolf Merkel e Hans Kelsen, determinadas concepções políticas e jurídicas permitiram o desenvolvimento de noções que irão desaguar nos modernos sistemas de controle de regularidade da produção escalonada das normas jurídicas, que as concebe como estando em uma relação de infra e supraordenação¹.

O problema de um possível conflito entre normas de direito positivo e de direito natural (ou de direito divino) já se coloca, no nível da reflexão política e filosófica, na Antiguidade, como demonstra o multicitado

¹ Para a visão ortodoxa veja-se Kelsen (2003, p. 246 e ss). Para uma visão diversa do ordenamento jurídico, inevitável recordar a teoria de Hart (2009). Para uma visão diversa da kelseniana examine-se, ainda, a concepção do ordenamento jurídico como constituído por atos jurídicos condicionantes e atos jurídicos condicionados sustentada pelo professor mexicano Rolando Tamayo y Salmorán (1977, p. 155-189). Veja-se, ainda, Tamayo y Salmorán (1987, p. 129-149).

exemplo presente em *Antígona*, de Sófocles (séc. V a.C.), evidenciando o dilema da norma a se obedecer em caso de conflito entre a lei humana e a lei divina (CARVAJAL, 1992, p. 63-101; ECEIZABARRENA, 1999, p. 213-245).

No que diz respeito a instituições que conheceram existência histórica, ainda na Antiguidade haveria, segundo alguns pontos de vista, exemplos de concepções que pressuporiam algum tipo de escalonamento de normas e de invalidade de normas inferiores que infringissem disposições de normas superiores, como observa Cappelletti (1999, p. 49)².

Durante a Idade Média, a noção de escalonamento entre direito positivo e direito natural se desenvolve, bem como a noção de possibilidade de controle da legitimidade das primeiras em face das últimas.

Assim, o jusnaturalismo, em suas variadas vertentes, lega ao pensamento político, filosófico e jurídico posteriores importantes noções que parecem constituir as sementes para desenvolvimentos futuros no que diz respeito à possibilidade de controle da conformidade de normas jurídicas hierarquicamente inferiores, tendo como parâmetro normas jurídicas hierarquicamente superiores³.

Com o advento do positivismo jurídico e a consequente negação do direito natural, as antigas noções frutificarão em novas instituições calcadas no direito positivo, através da hierarquização ou escalonamento de suas normas em diversos graus⁴.

² Veja-se a distinção entre *nomoi* e *pséfisma* no antigo direito ateniense, resgatada por Mauro Cappelletti (1999, p. 49).

³ Para uma instigante análise contemporânea de diferentes visões sobre o direito e a distinção entre teses positivistas e não positivistas a partir das dimensões da legalidade conforme o ordenamento, eficácia social e pretensão de correção material, veja-se Alexy (2009).

⁴ Embora tal fenômeno não ocorra por toda parte. Assim, o Direito Inglês permanece em grande medida mais próximo de um conjunto de normas orientado por coordenação do que por subordinação, ao que parece. Nesse sentido também a Teoria do Direito sustentada por Hart, já referida.

Embora o Direito Constitucional inglês desconheça uma constituição escrita e rígida⁵, assim como mecanismos formais de controle de constitucionalidade análogos aos desenvolvidos em outros sistemas, ao que parece legou à matriz norte-americana importantes elementos para a conformação atual do Direito Constitucional e de suas instituições – sistema este que, por sua vez, influenciará um sem-número de outros sistemas constitucionais.

Assim, as cartas outorgadas pela Coroa britânica para suas colônias na América e o controle exercido pelos tribunais britânicos sobre a legislação colonial conflitante com estas foram importantes antecedentes históricos, além de prováveis fontes de inspiração para a criação, na América do Norte, das constituições escritas e rígidas, como atualmente concebidas, bem como dos institutos de controle de constitucionalidade⁶ (CAPPELLETTI, 1999, p. 59).

De qualquer modo, é sabido que é nos Estados Unidos da América onde se desenvolve o primeiro modelo de controle judicial de constitucionalidade das leis sob a forma difusa (*judicial review*), famoso a partir do notório caso *Marbury v. Madison* (1803), cujas ideias, no

⁵ Pois, como é sabido, a Constituição britânica é mista, sendo parcialmente composta por normas escritas e parcialmente por normas de caráter não escrito. Do mesmo modo, sabe-se que em função da doutrina da soberania do Parlamento e do princípio segundo o qual uma legislatura anterior não pode limitar uma legislatura posterior, entre outros fatores, não se instituíram na Inglaterra mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Veja-se Hart (2009, p. 67 e ss.). Ressalve-se, contudo, que a inexistência de controle judicial no direito britânico não significa que sejam desconhecidos outros mecanismos de solução de problemas constitucionais, tais como os fornecidos pelo sistema de governo parlamentarista.

⁶ Sobre o tema consulte-se Miranda (2003, p. 141 e ss.). Consulte-se, ainda, Caetano (2009, p. 66 e ss.). De um ponto de vista teórico talvez fosse possível identificar uma influência da famosa tese defendida por Edward Coke no século XVII, no sentido da subordinação do statute law relativamente ao common law, e da legitimidade de controle judicial das leis escritas que infringissem o common law, traduzida no célebre *Bonham's Case* (1610). Obviamente a posição não prevaleceu no Direito inglês. Veja-se Cappelletti (1999, p. 59). Veja-se, ainda, Marinoni (2013, p. 43 e ss.).

entanto, já se encontravam presentes em precedentes mais antigos e, ainda, nos *Federalist Papers*⁷.

Posteriormente, como é sabido, desenvolver-se-ão outros sistemas bastante distintos, notadamente a partir da Constituição austríaca de 1920, reformada em 1929, e das constituições italiana de 1948 e alemã de 1949, bem como a partir da combinação dos sistemas difuso e concentrado, como ocorre no Brasil, especialmente a partir de 1965⁸.

O presente artigo renunciará ao resgate de distinções entre os diversos sistemas políticos e judiciais de controle em aspectos como o dos órgãos competentes para a realização da fiscalização do controle ou o das formas e mecanismos de controle, questões de resto bastante discutidas.

O enfoque adotado privilegiará um aspecto que se reveste de particular importância, a saber, a análise do fenômeno da inconstitucionalidade e de seu controle à luz da teoria da regularidade da produção jurídica e, especialmente, da teoria da invalidade das normas inconstitucionais.

2 A regularidade da produção jurídica e seu controle

Como ensina Kelsen (2001, p. 10) em diversos escritos, os ordenamentos jurídicos contemporâneos podem ser compreendidos a

⁷ Veja-se o raciocínio de Alexander Hamilton (1817, p. 420-421) na seguinte passagem: “A completa independência dos tribunais é particularmente essencial em uma constituição limitada. Por constituição limitada eu entendo aquela que contém especificadas certas exceções à autoridade legislativa; como, por exemplo, aquelas segundo as quais não podem ser aprovadas leis condenatórias independentes de processo (*bill of attainder*), ou leis *ex post facto*, e similares. Limitações de tal tipo não podem ser protegidas na prática senão por meio dos tribunais, cujo dever consistirá em declarar nulos (void) todos os atos contrários ao teor manifesto da constituição. Sem isso, todas as provisões relativas a direitos ou liberdades em particular nada significarão.” (Tradução livre do autor).

⁸ De se recordar, ainda, o sistema francês de controle político de constitucionalidade das leis, cuja conformação atual decorre da Constituição francesa de 1958, que aqui não será abordado. Sobre os diferentes modelos de controle de constitucionalidade em via difusa ou concentrada, incidental ou principal, remete-se ao clássico estudo de Cappelletti (1999). Sobre as diversas formas possíveis de proteção da constituição, remete-se a Kelsen (2001, p. 49 e ss).

partir da concepção escalonada do ordenamento desenvolvida antes dele por Adolf Merkel.

Tal concepção, amplamente difundida, considera que a constituição é composta pelas normas mais elevadas de direito positivo existentes no ordenamento jurídico, das quais as normas de escalões hierárquicos inferiores haurem sua validade e contra as quais não podem validamente dispor. (KELSEN, 2001, p. 20).

Como é sabido, a concepção de Kelsen (2001, p. 260) considera que o processo de produção do direito, por ele denominado de dinâmica jurídica, é composto por atos que são, ao mesmo tempo, de aplicação e de criação do direito.

Desse modo, a criação das leis pelos órgãos competentes e segundo os procedimentos apropriados é concebida como aplicação das disposições constitucionais relativas ao processo legislativo, do mesmo modo que a aplicação das leis pelos juízes e tribunais competentes e pelos procedimentos adequados é concebida como aplicação das disposições legais relativas e, simultaneamente, criação das normas **individuais**⁹.

A concepção escalonada do ordenamento, ou criação escalonada das normas jurídicas, permite o desenvolvimento teórico da noção de regularidade e de irregularidade da produção **jurídica**¹⁰ (KELSEN, 2001, p. 10-34).

Como ensina Kelsen (2001, p. 11), as normas, como espécies de atos jurídicos que são, encontrando-se em uma relação de supra/infraordenação, podem ser consideradas regulares ou irregulares, conforme tenham sido produzidas em conformidade com as normas que lhes são imediatamente superiores ou não.

⁹ Excepcionam tal raciocínio, teoricamente, apenas duas normas: a primeira constituição histórica, concebida pelo austríaco como ato apenas de criação do direito, e não de aplicação do direito, e a execução material da decisão judicial, ato de aplicação apenas, e não de criação do direito. (KELSEN, 2001, p. 246 e ss.).

¹⁰ Igual papel pode ser desempenhado, no marco teórico da concepção teórica de Hart, pela noção de norma secundária de reconhecimento. (HART, 2009, p. 129 e ss).

Desse modo, a categoria amplíssima da irregularidade abrange todo e qualquer ato jurídico produzido em desconformidade com normas superiores e, portanto, contempla fenômenos como a inconstitucionalidade, a ilegalidade e outros.

Naturalmente, esses diversos fenômenos podem receber um tratamento jurídico bastante distinto **entre si**¹¹. De modo geral, no entanto, é importante observar, com base no magistério de Kelsen (2001), que geralmente a sanção de atos jurídicos – compreendidas as normas jurídicas –, produzidos de maneira irregular, se dá no âmbito da **validade**¹².

Desse modo, um importante elemento para o estudo da inconstitucionalidade necessariamente radicar-se-á na Teoria das Invalididades do Direito Constitucional e na identificação das possíveis compreensões acerca da validade ou invalidade das normas **inconstitucionais**¹³.

3 A Teoria das Invalididades no Direito Constitucional

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 947) observa que não existe no Direito Constitucional uma teoria das invalidades suficientemente desenvolvida, como ocorre em outras áreas do Direito, nomeadamente no Direito Privado ou das relações sociais.

Independentemente de tal fato, é possível identificar algumas teorias – ou doutrinas – tradicionais acerca da invalidade em Direito Constitucional e fazer algumas considerações a respeito.

¹¹ E é evidente também que a regularidade pode ser mais ou menos evidente em função de fatores como a relativa indeterminação semântica da linguagem, ou de sua textura aberta.

¹² Como ensina o autor, entre as garantias da regularidade constitucional existem as preventivas e repressivas, constituindo as últimas reações contra a inconstitucionalidade, tendendo, entre outras possibilidades, a fazer com que o ato irregular – inconstitucional – desapareça e, eventualmente, seja substituído por um ato regular – constitucional. (KELSEN, 2001, p. 34). Ao tratar das denominadas garantias objetivas, marcadas por acentuado teor repressivo, Kelsen evidencia consistirem normalmente na anulabilidade ou na nulidade do ato inconstitucional. (KELSEN, 2001, p. 37).

¹³ Note-se que não se excluem outras possibilidades, como, exemplificativamente, a responsabilização do órgão responsável pela inconstitucionalidade. (KELSEN, 2001, p. 50-51). Tal técnica, no entanto, não é usual nos sistemas de controle de constitucionalidade contemporâneos. (CAPPELLETTI, 1999, p. 50-51).

Primeiramente, há que se observar com Cappelletti (1999) que, teoricamente, sistemas rivais, como o norte-americano e o austríaco, originalmente esposaram doutrinas bastante diversas sobre a espécie de invalidade que fulminaria atos inconstitucionais.

É sabido que os tribunais norte-americanos adotaram e sustentaram a doutrina da nulidade da lei inconstitucional, a qual, de resto, encontra-se à base do próprio sistema de controle difuso e do raciocínio do *Chief Justice John Marshal* em *Marbury v. Madison*¹⁴.

A rigor, tal visão parte da noção de nulidade de pleno direito da norma inconstitucional para considerar que, sendo a vocação judicial a de resolver os litígios aplicando a ele leis válidas, seria inerente àquela função o poder-dever de realizar o controle de constitucionalidade, deixando de aplicar a lei inconstitucional¹⁵.

Segundo Cappelletti (1999, p. 115), adotada a tese em exame, a decisão judicial que afere a inconstitucionalidade é concebida como declaratória de uma nulidade a qual se reputa pré-existente, insanável e não-convalidável, sendo natural, por conseguinte, que ostente efeitos retroativos, bem como que a invalidade atinja, reflexamente, todos os atos praticados com base na lei inconstitucional, visando à restituição do *status quo ante*.

¹⁴ É tradicional a concepção norte-americana Segundo a qual “the unconstitutional statute is not law at all”. A noção se prende à ideia segundo a qual o ato inconstitucional é um ato ultra vires e por isso mesmo nulo de pleno direito. Note-se que se presume no raciocínio adotado na decisão a capacidade do juiz reconhecer a inconstitucionalidade. Tal visão foi adotada no Brasil, como se sabe, por juristas como Rui Barbosa e Alfredo Buzaid, entre outros. (MENDES, 2014, p. 359). Cappelletti (1999, p. 115) faz menção à tradicional afirmação norte-americana do ato inconstitucional como “null and void”.

¹⁵ Veja-se Cappelletti (1999, p. 75). A base de tal entendimento, de resto, repousa na concepção de que o cidadão tem o direito de recusar-se à observância de leis inconstitucionais, embora por sua conta e risco. Note-se, ainda, que tal concepção está diretamente vinculada ao caráter difuso de tal modelo de controle judicial de constitucionalidade, na medida em que incumbe às autoridades, inclusive e especialmente judiciárias, recusar seu concurso para a aplicação de leis inconstitucionais. No pensamento de Kelsen (2001, p.37), considerar um ato jurídico como nulo implica a consequência de que tanto autoridades públicas quanto particulares possuiriam o direito de examinar a regularidade do ato e declará-lo irregular, tratando-o como não-obrigatório. É sabido que tal não é a visão do autor sobre as consequências da inconstitucionalidade.

Por outro lado, na Áustria, a partir da influência exercida pelas concepções sustentadas por Kelsen (2001) sobre a Constituição de 1920, a inconstitucionalidade é concebida de modo radicalmente diverso, especialmente no que tange à invalidade das leis inconstitucionais. (CAPPELLETTI, 1999, p. 116).

Como se sabe, Kelsen (2001, p. 300) nega mesmo a possibilidade de uma “lei inconstitucional”, termo que considera uma *contraditio in terminis*. Assim, o jurista austríaco, cômico da dimensão constitutiva da decisão judicial, sustenta diversamente a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, segundo a qual a norma inconstitucional seria simplesmente uma norma anulável por um procedimento especial, mas nunca uma “não-norma”.

A partir de tal ponto de vista, a decisão de um órgão previsto como especialmente competente para realizar o controle de compatibilidade de uma lei para com a constituição é concebida como essencialmente constitutiva, ou constitutiva-negativa, e não como declaratória (CAPPELLETTI, 1999, p. 117).

Sob tal perspectiva, a lei inconstitucional não é vista como nula *ab initio* e de *pleno iure*, como na concepção rival, mas, contrariamente, é concebida como válida *prima facie*, até que, por força de eventual controle de constitucionalidade, venha a ser anulada pelo órgão competente, preferencialmente um tribunal ou corte especial, detentor do monopólio da competência para a realização do controle de constitucionalidade, mediante a provocação por parte de legitimados estabelecidos na **legislação**¹⁶.

Tal anulação – e não declaração de nulidade – poderia ser feita tanto com eficácia irretroativa quanto com eficácia retroativa (KELSEN, 2001, p. 44), ou mesmo proativa (*pro futuro*). Isso porque, como é

¹⁶ O caráter concentrado do controle judicial de tipo austríaco prende-se a diversos aspectos do pensamento de Kelsen (2001, p. 82 e ss.). Entre eles destaca-se a noção de que tal sistema prestigiaria a segurança jurídica. Sobre os problemas do controle difuso em matriz jurídica romanística, como os experimentados na Itália no segundo pós-guerra. (CAPPELLETTI, 1999, p. 76; MARINONI, 2010, p. 73 e ss.).

sabido, é em tal sistema que se considera ter surgido, pela primeira vez, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de uma lei, na medida em que os efeitos poderiam não apenas ser irretroativos, mas inclusive futuros (CAPPELLETTI, 1999, p. 44; KELSEN, 2001, p. 44).

Essas duas doutrinas ou teorias sobre a invalidade da norma inconstitucional são as mais conhecidas e difundidas. No entanto, parece ser possível sustentar que a dicotomia entre elas pode ser uma simplificação bastante grosseira do complexo fenômeno da inconstitucionalidade e de seu controle, em cujo bojo podem existir inúmeras matizações.

Adiante serão abordadas as aproximações entre os sistemas baseados na doutrina da nulidade e da anulabilidade. De todo modo, convém chamar a atenção desde logo para o fato de que, em virtude da complexidade referida, diversos podem ser os valores jurídicos negativos associados à noção de inconstitucionalidade, além da nulidade ou anulabilidade, como observa Jorge Miranda (2008, p. 98), tais como a inexistência jurídica ou mesmo a mera **irregularidade**¹⁷.

A partir da experiência do Direito Constitucional português – é importante ressaltar –, ensina Jorge Miranda (2008, p. 98): a consequência mais grave da inconstitucionalidade seria a inexistência jurídica. Como observa esse autor, um ato inconstitucional sendo considerado juridicamente inexistente seria inidôneo para produzir quaisquer efeitos desde sua origem, sem necessidade de declaração por parte de qualquer órgão especialmente competente, e sem dever de obediência e de execução por parte de particulares e de agentes **públicos**¹⁸.

¹⁷ Aqui a expressão irregularidade é utilizada como espécie inconfundível com o gênero homônimo apontado por Kelsen como incompatibilidade da norma inferior para com a norma superior, mencionada linhas atrás. (MIRANDA, 2008, p. 98).

¹⁸ Naturalmente tal situação reservar-se-ia para os casos de inconstitucionalidade particularmente flagrante. (MIRANDA, 2008, p. 99).

Já um ato inconstitucional nulo reputar-se-ia inidôneo para a produção de efeitos desde sua origem, revelando-se insanável e inconvaleável, embora se revele necessária uma decisão por parte de um órgão para tanto competente, de natureza declaratória (MIRANDA, 2008, p. 99). O ato inconstitucional anulável, por sua vez, seria inidôneo à produção de efeitos apenas a partir da decisão do órgão competente que retirasse sua validade, decisão esta de natureza constitutiva, portanto. Além disso, existiria a possibilidade de ser sanado o vício de inconstitucionalidade (MIRANDA, 2008, p. 99).

Finalmente, o ato inconstitucional meramente irregular padeceria de vício que não comprometeria a produção dos efeitos pretendidos, embora seja concebível a existência de consequências colaterais, como a aplicação de sanções aos órgãos ou autoridades responsáveis por sua edição, de acordo com o magistério do autor português (MIRANDA, 2008, p. 99).

Sem procurar simplesmente estender a classificação adotada por Miranda (2008), inspirada no Direito Constitucional positivo português, e sem desconsiderar as diferenças entre distintos ordenamentos jurídico-constitucionais positivos (MIRANDA, 2008, p. 99), pretende-se apenas ilustrar com tal classificação ser possível conceber situações de inconstitucionalidade com graus distintos de gravidade ou de espécie distinta – formal ou material, *e.g.* – e às quais se possa dispensar distinto tratamento jurídico.

No entanto, independentemente de todas as possíveis tipologias de invalidades decorrentes do vício da inconstitucionalidade e de outros complexos problemas relacionados à temática, como os possíveis mecanismos de fiscalização ou controle, pretende-se examinar no presente estudo a tese mais difundida a partir do Direito Constitucional norte-americano e adotada pelo Direito Constitucional brasileiro, a saber, a doutrina da nulidade da lei inconstitucional, bem como a mitigação que veio a conhecer durante o século XX.

O exame dos problemas, limites e transformações pelos quais passou a tese da nulidade parece apto a auxiliar no avanço da

compreensão acerca do fenômeno da inconstitucionalidade e de sua fiscalização.

5 A relativização da tese da nulidade da norma inconstitucional

Embora em princípio a doutrina da nulidade da lei inconstitucional possa parecer à primeira vista ser aquela capaz de proteger mais vigorosamente a ordem constitucional, há muito a mesma encontra dificuldades dificilmente contornáveis na realidade prática da experiência jurídica.

Em primeiro lugar, no plano fático, há que se reconhecer a efetiva ocorrência de situações nas quais se revela impossível ou altamente indesejável a recusa à produção de efeitos da lei inconstitucional.

No caso de uma lei que estabeleça penas inconstitucionais, por exemplo, e que venha tardiamente a ser declarada inconstitucional, não é raro serem irreversíveis os efeitos de seus atos de aplicação, ainda que se pretenda conceber juridicamente como inválida e inexistente *ab initio* a lei e, conseqüentemente, todos os seus atos de aplicação.

Além de situações faticamente irreversíveis e consumadas, há que se considerar uma miríade de outros aspectos. Desse modo, há que se observar que a declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade e eficácia *ex tunc* pode eventualmente afetar terceiros de boa-fé que, com base na presunção de constitucionalidade e de validade das leis e dos atos do Poder Público em geral, praticaram atos jurídicos convictos da validade daquelas (MENDES, 2014, p. 359).

É o que a doutrina aponta quando reconhece a lei como “fato operativo”, sustentando, entre outras coisas, que os destinatários da lei dotada de presunção de constitucionalidade poderiam ser pegos de surpresa em caso de declaração de inconstitucionalidade com tais amplos efeitos (MENDES, 2014, p. 364).

É sabido que, em alguns casos, a declaração de inconstitucionalidade com nulidade e eficácia retroativa pode comprometer seriamente valores constitucionalmente tutelados, como a própria segurança jurídica.

Ademais, parece plausível sustentar que a tese da nulidade levada ao extremo, com suas graves consequências, seria capaz de exercer influência deletéria sobre o efetivo exercício da competência ou do poder-dever de realizar o controle de constitucionalidade por partes dos órgãos **competentes**¹⁹.

Assim, cabe recordar que, no próprio Direito Constitucional norte-americano, relativizou-se o entendimento no sentido da nulidade de *pleno iure* da norma inconstitucional a partir da década de 1940. Duas importantes decisões devem ser lembradas neste processo, quais sejam, *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*²⁰ e *Linkletter v. Walker*²¹.

O primeiro caso, julgado em 1940, envolvia a questão relativa à possibilidade de rescisão de decisões judiciais já transitadas em julgado e proferidas com base em lei posteriormente declarada inconstitucional.

Nele, a Suprema Corte norte-americana reafirmou que um ato do Congresso não seria direito, por inválido, sendo inapto a constituir direitos e deveres. No entanto, reconheceu que o efeito amplo tradicionalmente admitido como consequência da inconstitucionalidade deveria ser visto com cautela (MENDES, 2014, p. 364 e ss.).

Em tal decisão, a Corte estadunidense reconheceu que a lei, embora inconstitucional, consistiria em um fato operativo, dotado de consequências, e que isso não poderia ser pura e simplesmente desconsiderado.

¹⁹ É nesse sentido a reflexão do Ministro Sepúlveda Pertence, com base no magistério de García de Enterría, em seu voto proferido no julgamento da ADI 1.102, julgada pelo STF em 1995: "O ilustre Procurador-Geral da República trouxe à discussão matéria que também me preocupa, atinente ao radicalismo da doutrina americana ortodoxa de nulidade *ab origine* da norma declarada inconstitucional, que temos seguido no Brasil, desde a adoção do controle difuso e incidente, mas que, na via do sistema concentrado e direto de controle, pode efetivamente gerar consequências gravíssimas. De logo – a observação é de Eduardo Garcia de Enterría – a consequente eficácia *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade gera, no cotidiano da Justiça Constitucional, um sério inconveniente, que é o de levar os tribunais competentes, até inconscientemente, a evitar o mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais sobre o passado."

²⁰ 308 U.S. 371, 374 [1940].

²¹ 381 U.S. 618 [1964].

A Suprema Corte ponderou no julgado que o passado nem sempre pode ser apagado por uma decisão judicial atual, e que os efeitos merecem ser objeto de análise a partir de diversas perspectivas, como no que diz respeito às relações entre particulares, administração e órgãos públicos, e assim por diante (MENDES, 2014, p. 364 e ss.).

Assim, a partir do precedente firmado em *Chicot v. Baxter*, a tese da nulidade da lei inconstitucional passou a ser objeto de mitigação mesmo nos Estados Unidos da América, sua pátria de origem, a despeito de reiterada reafirmação retórica.

O segundo caso, *Linkletter v. Walker*, julgado pela Suprema Corte em 1964, envolvia a constitucionalidade de provas ilícitas como fundamento para uma condenação. Victor Linkletter havia sido condenado com base em provas ilícitas antes do precedente *Mapp v. Ohio*²², de 1961, que havia reafirmado a inconstitucionalidade de condenações com base em prova proibida, baseado nas *exclusionary rules* da 4ª Emenda.

Com base em *Mapp v. Ohio*, Linkletter postulava a declaração de nulidade de seu julgamento e a realização de um novo julgamento, sem a utilização das provas ilícitas. Nesse caso, a Suprema Corte decidiu por maioria de votos (7 a 2) que a Constituição não exigia e tampouco proibia uma retroatividade absoluta em termos de declaração de inconstitucionalidade. Decidiu, assim, que apenas os casos em trâmite ou julgados posteriormente a *Mapp v. Ohio* estariam sujeitos à retroatividade (MENDES, 2014, p. 364 e ss.).

Naturalmente, também em outros sistemas são adotadas relativizações à tese da nulidade, como no Direito Constitucional alemão, em que se distingue a declaração de inconstitucionalidade da declaração de nulidade, encontrando-se prevista no § 31 (2), 2 e 3 da Lei de regência do Tribunal Constitucional Federal alemão a previsão da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (MENDES, 2014, p. 364 e ss.).

²² 367 U.S. 643 [1961].

Ainda nesse sentido, inúmeros ordenamentos jurídicos, mesmo endossando a tese da nulidade, relativizam os amplos efeitos decorrentes de levá-la às últimas raias através do estabelecimento de fórmulas de preclusão ou da introdução de mecanismos, como a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade²³.

No Direito Constitucional brasileiro, o princípio da nulidade foi sustentado pela doutrina e pela jurisprudência, sendo, inclusive, endossado pelo Supremo Tribunal Federal em decisões como o célebre RMS 17.976, julgado em 1968, em que se afirmou a ilicitude de todos os atos praticados com base na lei inconstitucional²⁴.

No entanto, em muitas ocasiões, passou-se a admitir a mitigação da tese da nulidade, como no julgamento do Recurso Extraordinário n. 78.594, do Recurso Extraordinário n. 86.056, do Recurso Extraordinário n. 105.789 e do Recurso Extraordinário n. 122.202²⁵.

No RE 86.056, julgado em 1977, o STF reafirmou a rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional apenas através da ação rescisória. Nesse julgado, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual os atos não mais suscetíveis de revisão seriam, em regra, preservados²⁶.

²³ Assim é que no direito brasileiro a jurisprudência tem se posicionado pela preservação da coisa julgada inconstitucional (Vide Súmula n. 430 do STF), uma vez escoado o prazo para a propositura da ação rescisória, por exemplo, exceção feita à revisão criminal. Veja-se Mendes (2014, p. 376 e ss). Veja-se ainda Marinoni (2010). Em sentido contrário ao último Dantas (2007, p. 569 e ss).

²⁴ “Ementa: A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança. Aplicação da Súmula 430. Recurso desprovido.”

²⁵ Já na década de 1970 o então ministro Leitão de Abreu sustentara em seus votos a necessidade de mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com vistas à proteção da boa-fé e da segurança jurídica, particularmente no caso de leis longamente aplicadas. Vide RE 79.343 (1977) e RE 93.356 (1981). (MENDES, 2014, p. 363 e ss).

²⁶ “Ementa: Recurso Extraordinário. Embargos à execução de sentença porque baseada a decisão transitada em julgado, em lei posteriormente declarada inconstitucional. A declaração da nulidade da sentença somente é possível via da ação rescisória (sic). Precedentes do STF. Recurso Extraordinário não conhecido.”

No bojo do RE 78.594, julgado no ano de 1978, relativizou o STF a tradicional tese da nulidade, considerando válidos atos praticados por funcionários de fato, ou seja, ilegalmente investidos em suas funções²⁷.

No RE 105.789, julgado em 1986, assim como no RE 122.202, julgado em 1993, o STF reconheceu a manutenção de vantagens pecuniárias concedidas à magistratura, com base em lei posteriormente julgada inconstitucional²⁸.

Uma decisão particularmente importante foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.102/DF, no ano de 1995, que tratava da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, na qual a retroatividade da decisão foi mitigada²⁹. Embora posteriores ao advento das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, dignos de recordação ainda são o RE 266.994, julgado no ano de 2004, bem como a ADI 4029, julgada no ano de 2012, na medida em que ilustram bem os limites operativos da doutrina da nulidade da lei inconstitucional.

O RE 266.994 versava sobre o desrespeito aos limites constitucionais constantes dos incisos do art. 29 da Constituição Federal,

²⁷ Ementa: “Funcionário público. Exercício da função de oficial. Validade do ato praticado por funcionário de fato. Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido. Recurso não conhecido.”

²⁸ RE 105.789/MG (1986): Ementa: “Magistrado. Garantia constitucional da irredutibilidade de vencimento. A nova qualificação do tempo de serviço, anos depois de averbado e de haver produzido efeitos pecuniários em favor do magistrado, malfez a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, que torna intangível o direito que já nasceu e não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo. Recurso conhecido e provido.” De teor semelhante é a decisão proferida no RE 122.202/MG, no ano de 1993.

²⁹ “Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Custeio da Seguridade Social: Expressões ‘Empresários’ e ‘Autônomos’ Contidas no Inc.I do Art. 22 da Lei N. 8.212/91. Pedido Prejudicado Quanto as expressões ‘Autônomos e Administradores’ Contidas no Inc. I do Art. 3. da lei n. 7.787/89. [...] 2. A contribuição previdenciária incidente sobre a ‘folha de salários’ (CF, art. 195, I) não alcança os ‘autônomos’ e ‘administradores’, sem vínculo empregatício; entretanto, poderiam ser alcançados por contribuição criada por lei complementar (CF, arts. 195, par. 4., e 154, I). Precedentes. 3. Ressalva do Relator que, invocando política judicial de conveniência, concedia efeito prospectivo ou ‘ex-nunc’ a decisão, a partir da concessão da liminar. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões ‘empresário’ e ‘autônomos’ contidas no inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212, de 25.07.91”.

que estabelecem uma proporção entre a população do município e o número máximo de vereadores. Levada às últimas consequências a tese da nulidade, toda a atividade decorrente do órgão legislativo irregularmente composto seria **nula**³⁰.

Quanto à ADI 4029, tratava-se de caso relativo à inconstitucionalidade do processo legislativo federal. Com efeito, a Constituição estabelece, no procedimento legislativo de conversão das Medidas Provisórias, a necessidade de um parecer prévio exarado por comissão mista das duas Casas do Congresso³¹. Não obstante, o Congresso Nacional delegou tal competência ao relator da matéria, monocraticamente, desatendendo, desse modo, a norma constitucional³².

O julgamento de procedência da ADI 4029 implicaria, se levada às últimas consequências a tese da nulidade, na invalidação de um sem número de leis aprovadas em processo de conversão de Medida Provisória, com todas as consequências daí derivadas³³.

³⁰ “Ementa: Recurso extraordinário. Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, incidendo tantum, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional.” Um dos fundamentos da decisão foi, justamente, a prevalência do interesse público e na grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente.”

³¹ Constituição da República, art. 62, § 9º, incluído pela EC n. 32/2001.

³² Resolução CN nº 01/2002, artigos 5º e 6º, *caput* e §§ 1º e 2º.

³³ Assim ficou ementada a decisão: “Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. [...] Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos efeitos temporais da nulidade (art. 27 da Lei n. 9.868/99). Ação Direta parcialmente procedente.” Foi exatamente nesse sentido que restou expressamente consignado na referida decisão que “[...] 7. A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei nº 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional. 8. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, caput, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas com efeitos *ex tunc*.”

Torna-se desnecessário prosseguir com a análise, até porque o fenômeno da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade já é bem conhecido entre nós. O intuito desta seção foi evidenciar os limites operativos da doutrina da nulidade, independentemente de seu valor ideológico, para buscar extrair algumas conclusões.

Conclusão

Do processo de relativização da tese da nulidade da lei inconstitucional, brevemente historiado e analisado no presente artigo, parece ser possível extrair algumas conclusões.

Uma delas é a de que, além de constituir um imperativo da realidade em função da evidência de situações já consolidadas e materialmente irreversíveis, tal relativização pode se impor, como é evidente, por força de consequências indesejáveis ou efeitos colaterais eventualmente decorrentes de uma aplicação absoluta daquela doutrina, caso seja levada às últimas consequências.

Além de tal conclusão, por si bastante óbvia, outra, aparentemente contraintuitiva, parece possível. Contrariamente ao que inicialmente se poderia pensar, como restou demonstrado no presente estudo, versões mitigadas da tese da nulidade – como a adotada pelo direito brasileiro – parecem ser capazes de fornecer uma proteção mais eficaz da constitucionalidade, na medida em que não desestimulam o exercício de tal competência pelo magistrado, ao muni-lo de recursos para adotar decisões com diferentes amplitude e impacto em termos de efeitos colaterais.

Aqui, ao que se parece, verifica-se algo semelhante àquilo que se verificara anteriormente no *Common Law* em sistemas em que a revogação do precedente (*overruling*) ostentava efeitos retroativos, situação na qual existem evidências de que os magistrados evitavam ao máximo pronunciá-la, valendo-se da retórica e do abuso de técnicas

decisórias, como o *distinguishing*, para **tanto**³⁴ (MARINONI, 2010, p. 111).

Por outro lado, tampouco a tese da anulabilidade parece constituir a melhor alternativa, na medida em que suas limitações teóricas e práticas no trato do complexo fenômeno da inconstitucionalidade são patentes, especialmente a partir da experiência histórica do sistema austríaco em sua formulação original³⁵.

Parece plausível concluir, ainda, que uma combinação de nulidade e anulabilidade – e quiçá outras soluções intermediárias, como as apontadas por Jorge Miranda – tende a ser superior, em termos teóricos e práticos, no tratamento da inconstitucionalidade, relativamente a uma solução simplista baseada no binômio nulidade-anulabilidade.

Isso explicaria, possivelmente, as atuais tendências de convergência, em que os sistemas tendem a permitir tanto decisões com eficácia retroativa e com declaração de nulidade quanto decisões irretroativas e sem declaração de nulidade, entre outras soluções intermediárias possíveis³⁶.

O reconhecimento de tal superioridade não pode significar, no entanto, o desconhecimento de que a relativização pode, em determinadas circunstâncias, incentivar a produção de normas inconstitucionais, dada a possibilidade de sua posterior convalidação.

³⁴ Sobre outras técnicas de decisão utilizadas como alternativas aos inconvenientes do *overruling*, como a *signaling*, consulte-se Marinoni (2010, p. 325 e ss).

³⁵ Vide Cappelletti (1999, p. 104 e ss), que narra os inconvenientes tanto da limitação da ausência de controle incidental no sistema criado originalmente pela Constituição austríaca de 1920 quanto aqueles oriundos da tese da anulabilidade levada às últimas consequências naquele mesmo texto constitucional, motivos, em parte, da reforma constitucional de 1920.

³⁶ Assim como no direito norte-americano a eficácia da decisão passou a ser definida no caso concreto, como visto, no direito austríaco a regra tem sido a decisão irretroativa em controle abstrato e retroativa em controle incidental. (CAPPELLETTI, 1999, p. 120). No direito brasileiro tem predominado a solução intermediária que parte da tese da nulidade como regra ou efeito normal, mas que possibilita a modulação, consistente na modificação dos efeitos típicos da declaração de inconstitucionalidade. É possível afirmá-lo a partir da exigência de maioria qualificada, além de requisitos materiais, para a modulação, conforme previsão nos arts. 27 e 11 das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente.

Desse modo, embora os mecanismos de relativização da tese da nulidade naturalmente devam ser admitidos nos sistemas de controle de constitucionalidade contemporâneos, e embora uma combinação entre nulidade e anulabilidade possa ser superior às soluções extremas, a utilização de tais expedientes pelo aplicador deve ser realizada com cautela, dado o risco de um possível enfraquecimento ou esvaziamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Referências

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Tradução de Gercélia B. O. Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6 ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2009. tomo I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional & teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVAJAL, A. Patricio. Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, Madrid, n. 76, p. 63-101, 1992.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007.

ECEIZABARRENA, Juan Ignacio Ugartemendia. El Derecho de resistencia y su constitucionalización. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, Madrid, n. 103, p. 213-245, 1999.

FERRER-MACGREGOR, Eduardo. **Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **Federalist: on the new constitution**. Harrisburg: Benjamin Warner, 1817.

HART, Herbert Lionel Alphonso. **Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Garantia jurisdicional da Constituição**. Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 2001.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: preliminares. o estado e os sistemas constitucionais**. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. tomo I.

_____. **Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2008. tomo I.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Concepto de constitución, el. In: TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando; NIETO, Enrique Cáceres (Orgs.) **Teoría del derecho y conceptos dogmáticos**. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1987, p. 129-149.

_____. Derecho consuetudinario y la constitución, el. In: UNAM. **Los cambios constitucionales**. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1977. p. 155-189.

Recebido em: 05/06/2015

Aprovado em: 30/09/2015