



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

LIDIANA DE SOUZA SANDES

**EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

Fortaleza

2010

LIDIANA DE SOUZA SANDES

**EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação de conteúdo da Professora Raquel Coelho Lenz Cesar e orientação metodológica do Professor Maurício Benevides

Orientadora: Raquel Coelho Lenz Cesar

FORTALEZA

2010

LIDIANA DE SOUZA SANDES

EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de graduado em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANDA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Raquel Coelho Lenz Cesar (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Luciana Nogueira Nóbrega (Mestranda)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Gustavo César Machado Cabral (Mestrando)
Universidade Federal do Ceará - UFC

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Deus, criador dos céus e da terra, por guiar-me dá-me forças para empreender este trabalho e apresentar situações propícias para realizá-lo.

À professora Raquel Coelho, por prontamente ter aceitado orientar este trabalho, mesmo encontrando-me à distância.

À mestrandia Luciana Oliveira Nóbrega e ao mestrando Gustavo César Machado Cabral por de bom grado terem aceitado participar da banca examinadora deste trabalho.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais pelo amor, carinho, apoio e dedicação incondicionais em todos os momentos da minha vida, especialmente nos mais difíceis.

A minha vovozinha, Raimunda Macedo, em memória.

Ao amigo, Marcos Aurélio, servidor da Justiça Federal em Juazeiro do Norte, pela paciência e apoio, pelas críticas e sugestões, que muito me ajudaram durante a feitura deste trabalho.

A todos os meus amigos, especialmente à Camila Rocha Portela pela constante presença e votos de confiança mesmo em face da distância que nos separa.

RESUMO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o regime constitucional anterior, reconhece que a decisão concessiva de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade e a sua decisão final importam na restauração automática da vigência das leis revogadas pela norma inconstitucional e objeto do controle abstrato de normas, fenômeno denominado de efeito repristinatório. O efeito repristinatório não se confunde com a repristinação das leis como resultado da revogação, uma vez que, a norma revogada pela norma revogadora apenas ressurgirá se houver determinação expressa, ao contrário do instituto em estudo que ocorre implicitamente. Estuda-se o efeito repristinatório face ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista que nem sempre a restauração da norma outrora revogada se mostra conveniente. Sobre o tema, em virtude da ausência de regulação deste instituto no nosso ordenamento constitucional, a Lei 9.868/99 veio dispor expressamente em sede de medida cautelar, possibilitando à Corte Suprema impedir a aplicação deste efeito caso haja manifestação expressa ao contrário. A pesquisa baseia-se em doutrinas e decisões jurisprudenciais do Pretório Excelso, analisando-se decisões em que houve aplicação do efeito repristinatório e outros temas correlatos, com enfoque nos precedentes relacionados a este efeito, argumentando-se no sentido da necessidade de revê-los com o intuito de conceder uma maior eficácia à missão do STF de garantidor da ordem jurídica constitucional.

Palavras-chave: Efeito repristinatório. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

The jurisprudence of the Federal Supreme Court, since the previous constitutional regime, recognizes that the injunction in the direct action of unconstitutionality and its final decision imply the automatic restoration of the validity of laws repealed by rule unconstitutional and repealed by standard object of abstract control of norms, phenomenon called repristinary effect. This effect is not confused with repristination to reinstate the law as a result of the withdrawal, since repealed by the standard norm revoker resurfaces only if it is expressly contrary to institute study that occurs implicitly. Studying the repristinary effect against the principle of legal certainty, given that not always the restoration of the rule shows once revoked if necessary. On the topic, because of lack of regulation of the institute in our constitutional order, the Law 9.868/99 came expressly provided in place of a precautionary measure, allowing the Federal Supreme Court prevent the application of this effect if there is an explicit statement to the contrary. The research is based on doctrine and jurisprudence of Praetorium Exalted by analyzing decisions in which there was application of the repristinary effect and other related topics, focusing on precedents related to this effect, arguing in the sense of the need to revise them in order to provide greater efficiency to the mission of the STF guarantor of constitutional legal order.

KEYWORDS: Repristinary Effect. Direct action of Unconstitutional. Legal certainty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	13
2.1 Breve histórico dos sistemas de controle de constitucionalidade	18
2.1.1 Sistema americano ou difuso de constitucionalidade	19
2.1.2 Sistema austríaco ou concentrado de constitucionalidade.....	21
2.2 Controle de constitucionalidade no Brasil	24
3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	29
3.1 Considerações preliminares	29
3.2. Objeto	30
3.2.1. A questão do direito pré-constitucional.....	31
3.2.2 Direito revogado.....	35
3.3 Princípio do pedido no controle abstrato de normas	37
3.4 Parâmetro de controle	39
3.5 Medida cautelar	40
3.6 A decisão e seus efeitos	41
3.7 Efeito retroativo e teoria da nulidade da norma inconstitucional	43
4. EFEITO REPRISTINATÓRIO DA DECISÃO NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE	47
4.1 Repristinação	47
4.2 Efeito repristinatório	48
4.3 Efeito repristinatório no direito comparado	50
4.3.1 Direito português.....	51
4.3.2 Direito austríaco.....	52
4.4 O efeito repristinatório no ordenamento jurídico brasileiro	53
4.5 Restrições à aplicação do efeito repristinatório	56
4.6 Análise jurisprudencial do STF que envolve a aplicação efeito repristinatório	58
4.6.1 Casos em que houve aplicação do efeito repristinatório.....	59
4.6.2 Casos em que se manifesta o efeito repristinatório indesejado.....	61
4.6.3 Efeito repristinatório indesejado e as conseqüências sobre o conhecimento da ADI face à teoria do pedido.....	62
4.6.4 Efeito repristinatório e inconstitucionalidade superveniente.....	68

CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

Adotou-se no nosso ordenamento jurídico, desde a origem do controle de constitucionalidade no nosso ordenamento, por influência da doutrina e jurisprudência, a concepção segundo a qual a situação de inconstitucionalidade de uma norma está intrinsecamente vinculada à nulidade, ou seja, a sanção para a norma inconstitucional é a declaração de sua nulidade, provocando, como consequência da decisão declaratória de inconstitucionalidade, na ineficácia de todos os eventuais efeitos produzidos pela norma viciada, dentre eles, os efeitos derogatórios.

Em face disso, a decisão na fiscalização abstrata implica a restauração automática da vigência das normas outrora revogadas pela lei revogadora declarada inconstitucional na ação direta de inconstitucionalidade, o que se mostra consentâneo com a teoria da nulidade da norma inconstitucional, tendo em vista que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade, no nosso ordenamento, é declaratória (não constitutiva), implicando a retroação de seus efeitos para início da vigência da lei inconstitucional, tornando, assim, sem efeitos produzidos pela norma viciada, pois reconhecer-lhe eficácia seria infringir o princípio da supremacia da Constituição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, tem reconhecido que os efeitos repristinatórios são produzidos não apenas na decisão final declaratória de inconstitucionalidade, mas também na concessão da medida cautelar, embora os efeitos da decisão liminar sejam, em regra, *ex nunc*.

A regra é a restauração da vigência da norma revogada pela lei impugnada no controle abstrato pelo STF com o objetivo de suprir o vazio normativo deixado pela norma viciada extirpada do ordenamento jurídico.

Entretanto, nem sempre a reentrada em vigor no ordenamento jurídico da norma anteriormente revogada em virtude da declaração de inconstitucionalidade da norma revogadora é conveniente, podendo-se citar aqueles casos em que a norma repristinada padece do mesmo vício de inconstitucionalidade de norma objeto do controle ou mesmo situações em que a norma anterior revogada, se tiver restaurada sua vigência, produzir um estado de inconstitucionalidade ainda mais gravoso à segurança jurídica.

Em face destas circunstâncias, torna-se imperioso que o STF manifeste-se no sentido de evitar a eficácia repristinatória de sua decisão proferida em sede de fiscalização abstrata.

A Constituição Federal de 1988 não prevê - ao contrário de outros ordenamentos constitucionais - a eficácia repristinatória da decisão declaratória de inconstitucionalidade, nem mesmo a relativização dos efeitos desta decisão.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já na ordem jurídica anterior à Constituição de 1988, reconheciam a existência desse efeito como inerente à decisão que declarava a inconstitucionalidade das normas, o que nos mostra que o tratamento do tema no nosso ordenamento dá-se, primordialmente, por construção doutrinária e jurisprudencial.

A Lei 9.868/99 – que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal – suprindo a omissão constitucional, veio dispor expressamente sobre a eficácia repristinatória da decisão que concede a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, salvo expressa manifestação em sentido contrário (art. 11, § 2º).

Mencione-se, ainda, que a partir da referida lei, passou a existir, de forma expressa no nosso ordenamento jurídico, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da decisão definitiva declaratória de inconstitucionalidade (art. 27).

O presente trabalho objetiva analisar o efeito repristinatório decorrente das decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como se dá a aplicação deste efeito, seu fundamento, conceito, relação com princípio da segurança jurídica, a questão do efeito repristinatório indesejado, dentre outros assuntos correlatos.

Para tanto, este trabalho monográfico embasar-se-á em pesquisa bibliográfica, decisões jurisprudenciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle abstrato de normas e na legislação que regula ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99).

Didaticamente, a pesquisa dividiu-se em três capítulos. No primeiro capítulo, discorrer-se-á sobre a relação entre Constituição e controle de constitucionalidade, os

pressupostos do controle de constitucionalidade das leis, o histórico dos sistemas clássicos de controle e um breve histórico do controle de constitucionalidade no nosso ordenamento, mostrando como se delineia atualmente.

No segundo capítulo, a ênfase será dada à ação direta de inconstitucionalidade, principal instrumento do controle abstrato de normas exercido pelo Supremo Tribunal Federal, enfocando-se aspectos gerais da ADI pertinentes para a compreensão do tema proposto.

No último capítulo, falar-se-á sobre o fenômeno do efeito repristinatório, diferença entre a repristinação das leis, o fundamento da eficácia repristinatória da decisão declaratória de inconstitucionalidade, como se manifesta em outros ordenamentos jurídicos, sua aplicação nas decisões proferidas pelo STF e as restrições à aplicação deste efeito pelo STF, fazendo-se menção acerca das repercussões das decisões proferidas pela nossa Corte Maior em sede de fiscalização abstrata.

Analisa-se, também, neste capítulo, a relação entre o efeito repristinatório indesejado e o precedente firmado pelo STF no que diz respeito ao conhecimento da ADI face à sua interpretação da teoria do pedido na jurisdição constitucional, trazendo-se novas reflexões sobre o tema.

Por fim, à luz da jurisprudência do STF estuda-se o tema relativo ao efeito repristinatório e a inconstitucionalidade superveniente, concluindo-se com reflexões acerca da necessidade de nossa Corte Constitucional rever jurisprudência sedimentada a fim de melhor desempenhe sua função de garantidor da harmonia da ordem jurídica constitucional.

2 CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O conceito de Constituição é controvertido na doutrina (FERRAZ JR, 2003, p. 229), o que se explica pela sua própria natureza, pois dependendo do olhar do pesquisador, vários são os sentidos pelos quais é possível compreendê-la.¹

Com o intuito de esclarecer-lhe a noção, a doutrina costuma distingui-la em Constituição em sentido material e Constituição em sentido formal. Do ponto de vista material,

Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição (BONAVIDES, 2010, p.80).

Se por um lado Constituição em sentido material diz respeito apenas ao conteúdo das determinações mais importantes da sociedade, por outro lado, o conceito formal diz respeito àquelas normas que, embora façam parte do corpo normativo da Constituição, não se referem “aos elementos básicos ou institucionais da organização política” do Estado (BONAVIDES, 2010, p. 81), mas por estarem contidas dentro do texto constitucional, submetem-se, em regra,² ao mesmo processo de alteração que as normas constitucionais em sentido material.

Acentue-se que a distinção entre Constituição em sentido material e em sentido formal apenas é possível nas constituições escritas, tendo em vista que nas constituições

¹ De fato, dentre os vários sentidos formulados pela doutrina podemos citar o conceito sociológico, formulado por Ferdinand Lassale, segundo o qual, a Constituição é a soma dos fatores reais do poder; o sentido político de Carl Schmitt, para o qual a Constituição é o fruto de uma decisão política fundamental, uma decisão de conjunto sobre o modo e a forma da estrutura do poder no Estado; e o conceito jurídico de Constituição proposto por Hans Kelsen, o qual ensina que Constituição é a norma jurídica fundamental, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico (cf. BULOS, 2007, p. 26).

² Interessante exceção à regra encontra-se na Constituição do Império de 1824 que, nos termos do art. 178, distinguia as normas constitucionais materiais das ditas formais. Tal artigo dispunha que apenas os dispositivos que se referiam aos limites e atribuições dos poderes políticos, aos direitos políticos e individuais dos cidadãos eram normas constitucionais, os quais só podiam ser alterados por meio de um procedimento especial, o qual não se aplicava a alteração das normas constitucionais meramente formais (cf. VELOSO, 2003, p. 24).

consuetudinárias, por falta de um documento escrito, apenas a interpretação racional determina quais normas são efetivamente constitucionais (BONAVIDES, 2010, p. 82).

A Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que incorpora os valores essenciais da sociedade. Com fulcro em Kelsen (2003, p. 247), as normas do ordenamento jurídico não se encontram no mesmo plano, mas escalonadas, de forma que as normas superiores são o fundamento de validade das normas inferiores, encontrando-se no topo a Constituição, o fundamento e fonte de legitimidade de todo o ordenamento jurídico.

Se, atualmente, a idéia de Constituição como norma fundamental é pacificamente reconhecida, nem sempre tal noção se fez presente na história da humanidade, pois, embora a noção de Constituição seja antiga, sendo possível encontrá-la mesmo nas sociedades clássicas (CAPPELLETTI, 1984, p. 49), apenas no século XVIII, nos Estados Unidos e na França, com a afirmação dos direitos fundamentais e a doutrina da não-intervenção arbitrária do Estado que surgiu a idéia concebê-la como documento escrito, produzido de forma racional e dotado de supremacia (ZIMMERMANN, 2006, p. 116).

De fato, as leis compreendidas como mais importantes nas sociedades antigas eram normas apenas “em sentido material, pois não se chegou a redigir um documento solene e formal, dispondo de forma rigorosa sobre as relações recíprocas entre governantes e governados” (ZIMMERMANN, 2006, p. 116). Destaque-se, ainda, que “o termo Constituição, consagrado pela linguagem política e jurídica para nomear de início apenas as constituições escritas, fora desconhecido antes do século XVII, pois as leis qualificadas como constitucionais se denominavam então leis fundamentais ou leis políticas” (BONAVIDES, 2010, p. 86).

Se até meados do século XVII as constituições eram predominantemente consuetudinárias, fruto de costumes e tradições – as quais caracterizavam, em grande parte, os regimes absolutistas (BONAVIDES, 2010, p. 84) -, a doutrina liberal da limitação dos poderes, com a necessidade de pôr freio ao absolutismo estatal, fez surgir a concepção moderna e atual de Constituição³, isto é, as constituições escritas, no seio das quais estariam

³ A doutrina afirma que, sob certo aspecto, o conceito de Constituição é uma noção liberal, tendo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento constitucional produzido pela Revolução Francesa, consagrado, em seu art. 16, que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição” (ZIMMERMANN, 2006, p. 114-118).

consolidados os direitos individuais e a doutrina da separação dos poderes, pois se entendia que um documento escrito ofereceria mais garantia e segurança contra a arbitrariedade dos governantes que o direito costumeiro (GARCIA PELAYO *apud* BONAVIDES, 2010, p. 87).

Destaque-se que a concepção liberalista de Constituição, que implicava um modelo de Estado individualista e absenteísta, encontra-se superado pela teoria política, tendo em vista que, a partir da metade do século XX, entrou em crise o liberalismo individualista em razão dos movimentos sociais, pela compreensão da existência dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, como informador de toda atividade estatal, além do reconhecimento das contraprestações positivas do Estado (DINIZ, 1995, p. 19).

Assim, a partir do constitucionalismo moderno, com o nascimento da idéia de Constituição como lei superior, vinculante até mesmo para o legislador (CAPPELLETTI, 1984, p 10), a qual teve como marco a Constituição norte-americana de 1787, surge a técnica do controle de constitucionalidade das leis, com o objetivo de garantir a efetividade do princípio da supremacia da Constituição.

A Carta Constitucional americana, apontada pela doutrina (ZIMMERMANN, 2006, p. 122) como a primeira Constituição escrita⁴, ao consagrar expressamente sua supremacia em relação às leis ordinárias, tornou possível através de interpretação jurisprudencial o surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, ou seja, o poder-dever dos juízes, autênticos intérpretes da Constituição⁵, de negar aplicação a qualquer ato normativo contrário à Constituição.

Assim, o controle de constitucionalidade, que está umbilicalmente ligado ao constitucionalismo moderno, tem sua própria razão de ser associada à idéia de Constituição e às fases e processos que vieram assegurar sua supremacia (HORTA, 1995, p. 133).

De fato, a partir do surgimento das constituições escritas, do desenvolvimento da idéia de rigidez constitucional e da compreensão da Constituição como lei fundamental sentiu-se a necessidade de se conceber um instrumento para garantir sua defesa e efetividade, de forma que a doutrina (CLÈVE, 2000, p. 28) aponta comumente como pressupostos da

⁴ Há doutrina que cita o “Instrumento of Government”, de 1633, na Inglaterra, como a primeira Constituição escrita, a qual serviu de modelo para a Constituição americana (ESMEIN *apud* BONAVIDES, 2010, p. 85).

⁵ Nas páginas do Federalista já estava disposto que a Constituição deveria ser considerada pelos juízes como lei fundamental e, como a interpretação do direito é função essencial do Poder Judiciário, aos juízes caberia determinar o sentido da Constituição, conferindo-lhe supremacia quando os atos normativos fossem a ela contrários (HAMILTON *et al.*, 2003).

fiscalização da constitucionalidade a existência de uma Constituição formal ou escrita, a compreensão da Constituição como lei fundamental, noção que está atrelada ao conceito de rigidez e supremacia constitucional.

É oportuno destacar que nem sempre a noção de Constituição rígida pressupõe uma Constituição escrita, uma vez que pode haver constituições consuetudinárias, com costumes tão enraizados na sociedade, que se tornam difíceis de serem modificados, embora não estejam consagrados em um documento escrito (BONAVIDES, 2010, p. 83).

Ressalte-se, ainda, como assinala Lúcio Bittencourt (1997, p. 10), que as classificações entre constituições rígidas e flexíveis, bem como entre constituições escritas e consuetudinárias são despidas de valor técnico ou científico, uma vez que, a rigor, nenhuma Constituição participa exclusivamente de uma dessas categorias e, muitas vezes, a classificação teórica não corresponde à realidade prática.

Nada obstante, a doutrina ensina que rígidas são as constituições que só podem ser alteradas por meio de um processo especial, diferente e mais complexo daquele estabelecido para a elaboração das leis ordinárias. Tal processo mais dificultoso de alteração confere às normas constitucionais uma maior estabilidade face aos atos normativos ordinários, estes modificáveis por um procedimento mais simples.

A seu turno, constituições flexíveis são as que podem ser alteradas pelo mesmo processo previsto para a elaboração das leis infraconstitucionais, não se exigindo nenhum processo especial de reforma.

Do conceito de rigidez estabelece-se a diferença entre as leis constitucionais e as leis ordinárias, as quais se encontram posicionadas numa ordem hierárquica. Àquelas se concebe um grau maior de importância, uma maior perenidade devido aos valores nela consagrados, reforçando a idéia de sua supremacia, daí o processo mais dificultoso de alteração.

Se as normas constitucionais estivessem no mesmo grau de hierarquia que as leis infraconstitucionais, quando estas regulassem matéria de forma contrária ao estabelecido na Constituição, dar-se-ia o fenômeno da revogação da Constituição pela lei ordinária, e não o da inconstitucionalidade (BARROSO, 2009, p. 2).

Nessa ordem de idéias, a edição de normas infraconstitucionais em desacordo com o que dispõe a Constituição acarreta o fenômeno da inconstitucionalidade, que trará como consequência a invalidade do ato normativo incompatível com seus preceitos, devendo ser extirpado do ordenamento jurídico de acordo com a técnica nela prevista, sob pena de a Constituição não se revestir de obrigatoriedade.

Sobre a necessidade de anulação dos atos incompatíveis com a Constituição, assim expressa Hans Kelsen:

[...] é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. Qualquer lei, simples regulamento ou todo negócio jurídico geral praticado por entes privados têm uma força jurídica superior à Constituição, a que estão subordinados e lhes outorga validade. É que a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. Assim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta precaução se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade, desprovidas de força obrigatória? (1929 *apud* MENDES *et al.*, 2009, p. 1053)

A inconstitucionalidade pode ser formal ou material dependendo do tipo de norma violada. Tendo em vista que a Constituição define a competência dos órgãos estatais para criar as normas e estabelece o procedimento de elaboração, a infringência dessas normas constitucionais acarreta a inconstitucionalidade formal. Por outro lado, quando a violação disser respeito às normas constitucionais substantivas, como princípio e valores nela consagrados, a inconstitucionalidade será material.

Interessante observar que, embora o controle de constitucionalidade esteja normalmente associado à idéia de rigidez constitucional, a doutrina afirma a possibilidade de controle constitucional também nas constituições flexíveis, no tocante à violação das normas procedimentais estabelecidas nesta espécie Constituição. Assim nas constituições flexíveis pode haver controle de constitucionalidade, mas apenas formal, não sendo possível existir controle material, este sim, ínsito à idéia de Constituição rígida (CLÈVE, 2000, p. 31; DINIZ, 1995, p. 23).

Portanto, o controle de constitucionalidade das leis é a técnica prevista na Constituição, por meio da qual se verifica a compatibilidade de um ato normativo

infraconstitucional em face da Constituição, tanto no que diz respeito aos aspectos formais (procedimento de elaboração das leis e competência do órgão para editá-las), quanto aos aspectos materiais (observância dos princípios e dos direitos e garantias fundamentais nela previstos).

Tal técnica de controle é corolário lógico da idéia de supremacia da Constituição, seu instrumental necessário para que as normas constitucionais não se transformem em simples obrigações morais, destituídas de qualquer efetividade (HORTA, 1995, p. 146), sendo que a concepção de Constituição rígida e a consagração do princípio da supremacia da Constituição não passariam de doutrinas teóricas, se a Constituição não encontrasse um instrumento de defesa para garantir-lhe a efetividade (VELOSO, 2000, p. 26).

2.1 Breve histórico dos sistemas de controle de constitucionalidade

As constituições prevêm em seu bojo técnicas para garantir a sua supremacia e a atuação legítima dos órgãos estatais, cujas raízes são encontradas em dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade: sistema americano ou sistema difuso e sistema austríaco ou concentrado.

Tais sistemas se difundiram para outros ordenamentos jurídicos e sofreram adaptações de acordo com a peculiaridade do sistema político de cada ordenamento. No Brasil adota-se atualmente um modelo eclético, combinando elementos dos dois modelos clássicos, denominado pela doutrina de modelo misto ou híbrido de constitucionalidade.

Os modelos de controle de constitucionalidade estudados dizem respeito àqueles em que a competência para exercê-lo pertence ao Poder Judiciário, tendo em vista que, além do controle jurisdicional de constitucionalidade, existem países que adotam o controle político de constitucionalidade das leis, isto é, defere-se a um órgão que tenha natureza política, não pertencente à esfera do Judiciário, a competência para aferir a legitimidade dos atos normativos.

O controle político normalmente está associado ao sistema constitucional francês, país que, mesmo consagrando em seu ordenamento constituições rígidas, sempre rejeitou o controle da legitimidade das leis exercido pelos juízes,⁶ o que se explica por razões históricas e ideológicas, como a desconfiança dos franceses em relação ao Poder Judiciário e a conseqüente adoção da teoria da separação dos poderes em sua forma mais rígida (CAPPELLETTI, 1984, p. 94).

Feitas tais considerações vejamos as características dos modelos clássicos do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

2.1.1 Sistema americano ou difuso de constitucionalidade

O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, como já mencionamos, constitui inovação do direito americano. O princípio de que caberia ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos⁷ não se encontrava expresso na Constituição americana de 1787, sendo fruto de construção doutrinária⁸ e jurisprudencial, restando consolidado no famoso precedente *Marbury v. Madison* (1803), firmado pelo juiz Marshall, presidente da Suprema Corte americana.⁹

O raciocínio desenvolvido por Marshall ao enunciar sua decisão resume-se no seguinte: se a Constituição é dotada de supremacia e se aos juízes compete interpretar e

⁶ Por isso que Lúcio Bittencourt (1997, p. 9) afirma que o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis não é uma decorrência necessária das constituições rígidas.

⁷ Interessante mencionar que a doutrina americana do *judicial review* encontra seu precedente na Ingraterra, na doutrina de Edward Coke, a qual atribuía aos juízes o poder de aferir a legitimidade das leis em face da *common law*, doutrina que foi abandonada a partir da revolução Gloriosa de 1688, a partir da qual preponderou o princípio da supremacia do Parlamento (CAPPELLETTI, 1984, p. 58).

⁸ No Federalista, já se afirmava a supremacia da Constituição, a competência dos juízes para interpretar as leis e determinar o sentido da Constituição, zelando pela sua supremacia e a nulidade do ato inconstitucional (HAMILTON *et al*, 2003, p. 457).

⁹ Destaque-se que a doutrina do *judicial review* não foi uma inovação da Suprema Corte americana, pois mesmo antes do referido órgão ter pronunciado tal princípio, as cortes inferiores já haviam deixado de aplicar leis inconstitucionais tanto em relação às constituições dos estados quanto à Constituição federal. (CAPPELLETTI, 1984, p 62; CLÈVE, 2000, p. 64).

aplicar as leis no caso concreto, então, se em um caso particular, existir conflito entre a Constituição e uma lei com ela incompatível, o tribunal deverá fazer aplicar aquela, afastando a aplicação da lei inconstitucional, sob pena de se negar vigência à Constituição e tornar sem sentido todo arsenal teórico desenvolvido para concebê-la como lei fundamental (CAPPELLETTI, 1984, p. 47).

Tal ordem de idéias refletiu-se na natureza do ato inconstitucional. Neste sistema e “segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*null and void*) e, por isto, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional” (CAPPELLETTI, 1984, p. 117), pois reconhecer qualquer efeito válido a tal lei significaria a suspensão provisória ou parcial da Constituição.

Por isso, afirma a doutrina que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade no sistema norte-americano tem caráter declaratório (não constitutivo), pois apenas reconhece uma situação preexistente, retroagindo seus efeitos para desde o início da vigência da lei.

Pelo sistema americano do *judicial review*, qualquer juiz ou tribunal pode negar aplicação a uma lei inconstitucional, mas apenas *incidenter tantum*, afastando sua aplicação no caso em litígio, permanecendo ainda a norma vigente no ordenamento, mesmo após o seu afastamento naquele caso específico, daí porque chamado de sistema difuso, pois a competência para a aferição da constitucionalidade das normas pertence a qualquer juiz ou Tribunal.

Apenas quando o caso chega à Suprema Corte americana e esta reconhece a inconstitucionalidade da norma, é que ocorre sua retirada do ordenamento jurídico, devido ao princípio do *stare decisis* presente nas decisões proferidas por esta Corte Maior.

Destaque-se que se não fosse o *stare decisis* o sistema da *judicial review* traria sérios inconvenientes à ordem jurídica. Exemplifique-se com o caso de uma lei ser aplicada por um juiz por entendê-la constitucional e a mesma lei ter afastada a sua aplicação por outro juiz por compreendê-la incompatível com a Constituição, ocasionando tratamento diferente para situações isonômicas (CAPPELLETTI, 1984, p. 77).

Diante de tais situações, esclarece Cappelletti que a funcionalidade do sistema difuso americano é garantida por existência do *stare decisis*, ou seja, pela eficácia vinculante

das decisões da Suprema Corte, as quais se revistem de caráter *erga omnes*, com efeitos retroativos, ocasionando a expulsão da norma inconstitucional do ordenamento como se nunca tivesse existido. Nesse sentido:

Mediante o instrumento do *stare decisis*, aquela “mera não aplicação”, limitada ao caso concreto e não vinculatória para os outros juízes e para os outros casos, acaba, ao contrário, por agigantar os próprios efeitos, tornando-se, em síntese, uma verdadeira eliminação, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros casos, da lei inconstitucional: acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira anulação da lei, além disso, com efeito, em geral, retroativo (1984, p. 82).

É importante, desde logo, mencionar que a adoção irrestrita da teoria da retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade pode gerar situações inconvenientes, tendo em vista que efeitos produzidos pela lei inconstitucional, muitas vezes, tornam-se irreversíveis, exigindo, portanto, um tratamento peculiar por parte do órgão jurisdicional, tendo tal tese, posteriormente, sido atenuada pela jurisprudência norte-americana (MENDES, 2005, p. 322).

Assim, o sistema de controle de constitucionalidade concebido pela doutrina e jurisprudência americana caracteriza-se por ser difuso, em virtude de qualquer órgão do Poder Judiciário ter a competência para exercê-lo; incidental, uma vez que a constitucionalidade de qualquer lei apenas pode ser analisada no bojo de um caso concreto, consistindo a questão constitucional um incidente dentro do processo subjetivo principal; e suas decisões revestirem-se de caráter retroativo.

2.1.2 Sistema austríaco ou concentrado de constitucionalidade

Com características bem distintas do modelo americano ou difuso, surgiu na Áustria o sistema concentrado de constitucionalidade das leis. Fruto das concepções doutrinárias de Hans Kelsen, o arquétipo desta espécie de controle foi consagrado na

Constituição austríaca de 1920, redigida, a pedido do governo, com base em um projeto elaborado pelo referido jurista (CAPPELLETTI, 1984, p. 68).

Segundo este modelo, outorgava-se exclusivamente a uma Corte Constitucional a competência para resolver qualquer questão relacionada à matéria constitucional, o que se dava através de um requerimento especial (ação direta), deferido apenas a alguns órgãos políticos (MENDES, 2009b, p. 15).

O sistema austríaco, ao deferir a competência do controle da legitimidade dos atos normativos apenas a Corte Constitucional, exclui a competência dos juízes para conhecer da validade das leis no caso concreto, ou seja, *incidenter tantum*, como ocorre no sistema difuso, em que a verificação da compatibilidade da lei com a Constituição e sua eventual inaplicabilidade ao caso concreto era deferida a qualquer juiz “como manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito válido nos casos submetidos a sua competência jurisdicional” (CAPPELLETTI, 1984, p. 84).

Ressalte-se que o controle concentrado de constitucionalidade é exercido por meio de uma ação principal, ou seja, o controle é da lei em tese, *in abstracto*, revestindo a decisão de eficácia *erga omnes*, produzindo efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, nunca retroativos. Confira-se:

O modelo austríaco não reconhece caráter meramente declaratório à pronúncia de inconstitucionalidade. Já em 1932 deixava assente o *Verfassungsgerichtshof* que “uma lei contrária à Constituição não é inválida, ou melhor, não é absolutamente nula, mas sim um ato inconstitucional, que preserva a força jurídica até a sua cassação”. [...] E por, isso, afirma-se, com exatidão, que o *Verfassungsgerichtshof* exerce o papel de um legislador negativo.

[...]

A pronúncia de inconstitucionalidade tem eficácia *ex nunc* (a contar da data da publicação do julgado), salvo se o Tribunal estabelecer prazo para a entrada em vigor da cassação (Constituição, art. 140, §5º, 2º período). De qualquer forma, esse prazo não poderá exceder de dezoito meses (Constituição, art. 140, §5º, 3º período) (MENDES, 2009b, p. 499).

Assim, enquanto a Corte Constitucional austríaca não pronunciar a invalidade, a lei permanece válida e eficaz, operando-se os efeitos da decisão que decreta a inconstitucionalidade da mesma maneira como se a lei tivesse sido revogada por uma lei posterior, ou seja, sem efeitos retroativos (CAPPELLETTI, 1984, p. 118), característica que se mostrava harmônica com a doutrina kelseniana.

Para Kelsen (2000, p. 224) a afirmação de que uma lei válida era inconstitucional era uma *contradictio inadjecto*, pois se válida era porque estava de acordo com seu fundamento de validade, não podendo, por isso, ser inválida, daí porque enquanto a lei não fosse revogada, segundo o princípio *lex posterior derogat priori* ou por um processo especial previsto na Constituição, teria que ser considerada válida e aplicada pelos órgãos judiciários.

Perceba-se que o modelo austríaco, em sua forma originária, na medida em que vedava a qualquer juiz a possibilidade de negar aplicação a uma lei inconstitucional, não se mostrava um dos instrumentos mais adequados para garantir a defesa das liberdades e direitos individuais (BONAVIDES, 2010, p. 309), gerando situações inaceitáveis na prática.

Com efeito, em tal sistema se uma lei inconstitucional incidir sobre situações fáticas e gerar direitos e obrigações, as partes ao ingressarem em juízo pedindo o retorno ao estado anterior à incidência da lei, não poderiam obter a tutela jurisdicional pleiteada tendo em vista que aos juízes - não sendo possível apreciar a constitucionalidade das leis no caso concreto - não lhes restariam alternativa a não ser confirmar a aplicação da lei inconstitucional sobre os fatos já realizados. A constitucionalidade da lei apenas seria analisada quando o órgão legitimado ajuizasse a ação competente perante a Corte Constitucional, cuja decisão, no entanto, não poderia retroagir para regular os fatos verificados anteriormente à decretação de inconstitucionalidade, os quais continuariam sendo validamente disciplinados pela lei inconstitucional.

Nesse contexto, percebe-se que “o controle por via de exceção é o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida” (BONAVIDES, 2010, p. 325), o que não ocorre no sistema austríaco, tendo em vista que a parte não poderia argüir a inconstitucionalidade da norma no caso concreto, ficando sempre a mercê do órgão legitimado.

Para evitar tal inconveniente, o sistema constitucional austríaco foi alterado, em 1929, para conferir a órgãos judiciários superiores (apenas dois) legitimidade para argüir a inconstitucionalidade da lei, no curso de uma demanda judicial (CAPPELLETTI, 1984, p. 106), revestindo-se a decisão de eficácia retroativa para incidir sobre as situações fáticas ocorridas antes da pronúncia de inconstitucionalidade. O efeito retroativo, segundo Kelsen (1981 *apud* MENDES, 2009b, p. 16), decorria de uma necessidade técnica, uma vez que os

órgãos legitimados a provocar a atuação do Tribunal Constitucional eram motivados pela necessidade de aquela provocação ter efeito imediato sobre a questão em exame.

Contudo, não obstante a mudança efetuada no sistema austríaco, os órgãos judiciários inferiores, por não serem legítimos para argüir a constitucionalidade da lei perante a Corte Suprema, continuavam sendo obrigados a aplicarem leis inconstitucionais nos casos *sub judice* (CAPPELLETTI, 1984, p. 122).

Sintetizando, o sistema austríaco consiste no modelo concentrado de constitucionalidade, ou seja, apenas a Corte Constitucional pode aferir a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição. Além do mais, o controle é exercido por meio de um requerimento especial, sendo apreciada a constitucionalidade da lei em tese, objetivamente, não no curso de uma demanda judicial em que se discutem interesses subjetivos. Ademais, a decisão reveste-se, primordialmente, de caráter *ex nunc ou pro futuro*.

Em termos didáticos, são estes os modelos clássicos de controle de constitucionalidade que se desenvolveram e se propagaram para outros ordenamentos, os quais muitas vezes se imiscuíram, dando origem a formas ecléticas de controle, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, sobre o qual se passará a discorrer adiante.

2.2 Controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição imperial não previa um sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis, pois, por influência francesa, entendia-se que ao Poder Legislativo cabia não apenas a função de interpretar as leis que elaborasse, mas ainda de velar pela sua guarda (VELOSO, 2000, p. 29).

O controle judicial de constitucionalidade apenas veio surgir no nosso ordenamento com a nossa primeira Constituição Republicana (1891), a qual consagrou o modelo difuso, por ocasião da influência que a doutrina americana exerceu sobre Rui Barbosa

(MENDES *et al.*, 2009a, p. 1084). Tal Carta constitucional republicana prescrevia que os juízes tinham competência para processar causas em que o pedido estivesse fundamentado em matéria constitucional, dispondo, ainda, que das sentenças dos Tribunais de Justiça caberia recurso para o Supremo Tribunal Federal, recém criado, quando se questionasse a validade de tratados e leis federais (BARBOSA, 1962 *apud* MENDES, 2009a, p. 1085).

Explicitando estes dispositivos, Rui Barbosa afirmava que o princípio fundamental era o reconhecimento expresso na Constituição de todos os juízes e Tribunais podiam discutir a constitucionalidade das leis, deixando de aplicá-las, ou não, no caso concreto. Assim, estabelecia-se o controle difuso de constitucionalidade, por via de exceção, havendo a nítida consciência de que o controle não podia ser da lei em tese, pois, segundo entendia Rui Barbosa, os tribunais não podiam intervir na elaboração das leis, ressaltando que a *judicial review*, era “um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação” (1962 *apud* MENDES, 2009a, p. 1086).

A Constituição de 1934, por sua vez, introduziu significativas mudanças no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, podendo-se citar, entre as mais relevantes, a criação da representação interventiva.¹⁰ Afirma Luís Roberto Barroso (2009, p. 63) que este instituto era um caso específico de controle concentrado por via de ação principal. Esta ação tinha a finalidade de submeter uma lei que decretasse a intervenção federal - no caso de violação dos princípios constitucionais de observância obrigatória dos Estados-membros - à apreciação do Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para a verificação de sua constitucionalidade. A decisão da Alta Corte era condição para que lei interventiva surtisse efeitos (MENDES *et al.*, 2009a, p. 1087), a qual nada dispunha sobre o ato normativo do Estado-membro violador dos princípios constitucionais.¹¹

¹⁰ Constituição de 1934: “Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a a h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em 15/05/2010.

¹¹ Ressalta Gilmar Mendes (2009b, p. 534) que, muito embora a representação interventiva não caracterizasse ainda o controle abstrato de normas, uma vez que a decisão proferida pelo STF se limitava a constatar a configuração da ofensa constitucional, não se tendo propriamente uma declaração de nulidade da lei ou ato estadual, a introdução deste instituto foi relevante para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade por via de ação direta.

Outra inovação relevante da Carta de 1934 foi atribuir competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer ato normativo declarado inconstitucional pelo STF no controle incidental. Esta competência existe ainda hoje no nosso ordenamento (CF/88, art. 52, X). A finalidade deste instituto era resolver o problema da falta de eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, pois a edição da Resolução pelo Senado conferia efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo STF incidentalmente, uma vez que não existia em nosso sistema algo similar ao instituto do *stare decisis* do sistema americano.¹²

Cite-se, ainda, como inovação da Constituição de 1934, a instituição da cláusula de reserva de plenário, a qual exigia para a eficácia da decisão de declaração de inconstitucionalidade, no âmbito dos Tribunais, o voto da maioria absoluta dos membros, evitando assim, como aduz Gilmar Mendes (2009a, p. 1086), a insegurança jurídica em virtude das variações de entendimento no âmbito dos tribunais.¹³

A introdução do sistema concentrado e abstrato de normas, por via de ação direta, no nosso ordenamento deu-se com a EC nº 16/65, na vigência da Constituição de 1946. Através deste sistema, o STF passava a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, mediante representação que lhe seria encaminhada pelo Procurador-Geral da República, introduzindo-se, assim, no sistema brasileiro, um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no STF, ao lado do já consagrado sistema difuso de constitucionalidade (BARROSO, 2009, p. 64).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 manteve o sistema eclético, ou misto de constitucionalidade, com a convivência tanto do sistema difuso e incidental com o sistema concentrado e abstrato, por via de ação direta, introduzindo outras importantes inovações. Consolidou-se, no sistema concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade - antes cognominada representação de inconstitucionalidade - proposta em face de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal. Houve ampliação do rol dos legitimados, previstos no art. 103 CF, em respostas às controvérsias existentes no sistema

¹² A Constituição de 1988 ainda prevê tal instituto, embora recentemente haja vozes no sentido de ter tal dispositivo sofrido uma mutação constitucional. Gilmar Mendes (2009a, p. 1133), por exemplo, defende que o art. 52, X CF/88 possui agora apenas a finalidade de dar publicidade à decisão do STF. Interessante observar que Lúcio Bittencourt (1997, p. 145), ainda na vigência da Constituição de 1946, interpretava da mesma forma tal instituto jurídico.

¹³ Atualmente, o instituto da reserva do plenário está previsto no art. 97 da Constituição de 1988.

constitucional anterior, no que diz respeito à legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República (MENDES *et. al.*, 2009a, p. 1095).

Cite-se, ainda, a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, §2º CF), que ao lado do mandado de injunção, visa tratar do tema da omissão do legislador, uma vez que condutas omissivas, principalmente no campo da efetivação dos direitos fundamentais, também afrontam a Constituição, devendo ser pela ordem jurídica constitucional tutelada. Destaque-se que, enquanto o mandado de injunção é utilizado para a tutela dos direitos subjetivos, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade, tem por função tutelar a ordem jurídica objetiva, em sede de controle abstrato, por via de ação principal.

A EC nº 3/93 introduziu no âmbito de controle concentrado a ação declaratória de constitucionalidade, com o intuito de findar controvérsia sobre a constitucionalidade de normas. Originalmente com a legitimidade ativa restrita, a ADC, através da EC nº 45/04, passou a ter o mesmo rol de legitimados da ADI.¹⁴ Ressalte-se ainda que, diferente da ADI, o objeto da ADC restringe-se a lei ou ato normativo federal (CF, art. 102).

Outra inovação foi possibilidade de os Estados-membros instituírem a declaração da inconstitucionalidade em tese, mediante representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125, § 2º). Assim, no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados há possibilidade de se estabelecer controle de constitucionalidade, tendo como parâmetro a Constituição do respectivo Estado-membro.

Criou-se também a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) com a finalidade de dirimir questões residuais, isto é, que não podem ser objeto das outras modalidades de controle concentrado perante o STF, entre os quais, a aferição da legitimidade de normas anteriores à Constituição que, segundo orientação do STF, não podem ser analisadas em sede de ADI (MENDES, 2009b, p. 104).

As modalidades de ações do controle abstrato previstas no nosso ordenamento são a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental e ação direta de inconstitucionalidade por omissão,

¹⁴ Inicialmente eram legitimados apenas o Presidente da República, a mesa do Senado e da Câmara e o Procurador Geral da República.

as quais se encontram previstas nos dispositivos do art. 102, I, a e §§1º e 2º, e art. 103, §2º da CF/88.

A ação direta de inconstitucionalidade, juntamente com a ação declaratória de constitucionalidade, conforme assinala Gilmar Mendes, têm sido os principais instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro, no âmbito das quais têm se submetido praticamente as principais as controvérsias constitucionais (MENDES, 2009b, p. 87 e 123).

A Lei 9.868/99 veio regular o procedimento da ADI e da ADC perante o STF, complementando os dispositivos constitucionais referentes ao controle abstrato, consagrando, em seu texto, construções jurisprudenciais, dentre elas, a questão da eficácia repristinatória da decisão proferida pelo STF em sede de controle abstrato, a qual, a partir da lei em comento, passou a ter regulação legal expressa no nosso ordenamento (art. 11, § 2º), tendo em vista que a nossa ordem constitucional atual, nem a dos regimes anteriores, dispôs sobre o tema no âmbito do controle abstrato de normas.

Como, nos termos da jurisprudência do STF, conforme veremos, a eficácia repristinatória é inerente à decisão proferida em sede de fiscalização abstrata, no capítulo a seguir, destacar-se-ão aspectos relativos à ação direta de inconstitucionalidade, necessários para a melhor compreensão do tema proposto.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

3.1 Considerações preliminares

Conforme assinalado, a ação direta de inconstitucionalidade constitui-se no principal instrumento do controle abstrato de constitucionalidade das normas no direito brasileiro. Através desta ação, o STF é provocado para decidir sobre a legitimidade da lei em tese, por meio de ação direta, dispensando-se a necessidade de qualquer afronta a interesse subjetivo. Trata-se de processo objetivo, o qual se destina a proteger a ordem jurídica objetiva, eliminando do ordenamento jurídico atos normativos incompatíveis com a Constituição.

Se, por um lado, com o modelo difuso de constitucionalidade o STF se pronunciava sobre as questões constitucionais apenas quando provocado no curso de uma demanda, normalmente por meio do recurso extraordinário, com a eficácia de sua decisão apenas *inter partes*, revestindo-se de caráter *erga omnes* apenas quando editada a resolução pelo Senado Federal; por outro lado, com o controle abstrato de constitucionalidade, a Corte Maior é provocada para decidir sobre a legitimidade da lei em tese, abstraindo-se sobre a existência de qualquer afronta a interesse subjetivo, bastando a sua decisão para que a norma seja retirada do ordenamento jurídico.

Sobre o sistema abstrato de constitucionalidade, assim se pronuncia a jurisprudência do STF:

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E CONCRETAS. - O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de

situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º).¹⁵

Sobre a natureza objetiva nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, aduz Teori Albino Zavascki (*apud* DIDIER *et al.*, 2009, p. 418) que a jurisdição atua com o “objetivo de tutelar não direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da norma jurídica abstrativamente considerada, independente da sua incidência em específicos suportes fáticos”.

Na linha da jurisprudência do STF, conforme veremos, o efeito repristinatório é inerente apenas às decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade das normas em sede de controle abstrato, motivo pelo qual este capítulo se dedicará a alguns aspectos relevantes da ADI, assim como introduzirá alguns questionamentos que serão posteriormente discutidos.

3.2 Objeto

Dispõe o art. 102, I, *a* da CF/88, que a ADI pode ser proposta contra lei ou ato normativo federal ou estadual eivados do vício da inconstitucionalidade, sendo que as expressões lei ou ato normativo abrangem todas as espécies normativas criadas através do processo legislativo previsto no art. 59 da CF/88. Ressalte-se que apenas atos normativos do poder público, dotados de generalidade e abstração podem ser submetidos à fiscalização abstrata através da ação direta.¹⁶

Não estão incluídos como objeto da ADI os atos normativos municipais, havendo a jurisprudência do STF já decidido pela exclusão da apreciação de tais atos por meio desta

¹⁵ ADI 1.434 MC / SP, Rel. Celso de Melo, Pleno, julgado em 20/8/1996, DJ 22/11/1996, p. 45684.

¹⁶ Ressalte-se que o entendimento do STF de não conhecer em sede de ADI de normas com efeitos concretos, já sofreu mitigação, principalmente em face do controle de constitucionalidade de leis orçamentárias. Nesse sentido: ADI nº 2925/DF, Relª. Minª. Ellen Gracie, Rel. para Acórdão Min. Marco Aurélio, Pleno, julgado em 9/12/2003, DJ 4/3/2005.

ação. Neste aspecto, a Constituição Federal introduziu no art. 125, § 2º a previsão para que o constituinte estadual adote o controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais e municipais em face de Constituição estadual, e não em face da Constituição Federal, caso contrário, haveria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.¹⁷

3.2.1 A questão do direito pré-constitucional

Questão relevante consiste em saber se atos normativos editados anteriormente à promulgação da Constituição poderiam ser submetidos à fiscalização abstrata por meio de ADI perante o STF.

Sabe-se que o advento de uma nova Constituição não importa em total desprezo da legislação que vigorava sob o fundamento de validade da ordem constitucional anterior. Ao revés, pelo princípio da continuidade da ordem jurídica, ocorre o fenômeno da recepção da legislação anterior, desde que compatível com a nova Constituição. Caso contrário, se houvesse um total rompimento, criar-se-ia um grande vácuo legislativo, o qual perduraria por algum tempo devido à peculiar demora do processo legislativo, fato que geraria insegurança jurídica nas relações sociais e econômicas, por ficarem órfãs de regulação.

Assim, sempre com o advento de nova ordem constitucional, há recepção do direito anterior. As Constituições brasileiras de 1891, de 1934 e de 1937 dispunham expressamente sobre a recepção das normas pré-constitucionais (MENDES, 2009b, p. 197), havendo as demais Cartas Constitucionais silenciado a respeito, o que não impede a permanência deste princípio no nosso ordenamento jurídico.¹⁸

Se, por um lado, ocorre o fenômeno da recepção quando compatível o direito pré-constitucional com a novel Constituição, por outro lado, questiona-se na doutrina e na

¹⁷ Nesse sentido: ADI 508/MG, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, julgado em 12/2/2003, DJ 23/5/2003, p. 30.

¹⁸ Rui Barbosa, 1934 *apud* BARROSO, 2006, p. 68 já expressava a desnecessidade de a Constituição dispor expressamente a respeito da cláusula da recepção, em virtude de em todas as constituições está subentendida esta idéia.

jurisprudência o modo pelo qual se interpreta o fenômeno quando não há tal compatibilidade, se revogação ou inconstitucionalidade superveniente. Acrescente-se, ainda, que fenômeno semelhante pode ocorrer também com a edição de emendas à Constituição, ou seja, uma lei editada após o advento da Constituição torna-se inconstitucional em virtude de uma posterior alteração constitucional.

Visualizando a questão sob o ângulo de conflito temporal entre normas, sustenta parte da doutrina que se trata de revogação, resolvendo-se o problema pelo aspecto do plano da vigência da norma.¹⁹

Esta tese, no entanto, encontra dificuldades para ser aceita uma vez que a regra da *lex posterior derogat priori* diz respeito a normas de mesma hierarquia, ou, ainda, como acentua a doutrina, normas de mesma densidade normativa. Nesse sentido, assim expõe Gilmar Mendes:

É inegável, todavia, que a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori* na relação Lei-Constituição não é isenta de problemas, uma vez que esse postulado pressupõe idêntica densidade normativa. Até porque, como expressamente contemplado no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, a derrogação do direito antigo não se verifica se a nova lei contiver apenas disposições gerais ou especiais sobre o assunto (*lex generalis ou lex specialis*).

Portanto, pode-se afirmar que o princípio *lex posterior derogat priori* pressupõe, fundamentalmente, a existência de *densidade normativa* idêntica ou semelhante, primordialmente, orientado para a substituição do direito antigo pelo novo. A Constituição não se destina, todavia, a substituir normas do direito ordinário (2009b, p. 204).

No direito comparado não encontramos uniformidade de tratamento na matéria. Em Portugal, por exemplo, a Constituição de 1976 (art. 282, §2º) dispõe expressamente sobre a possibilidade de se aferir a constitucionalidade de atos normativos pré-constitucionais, consagrando, assim, a inconstitucionalidade superveniente, interpretação que encontra apoio na doutrina do constitucionalista português Jorge Miranda (1988, p. 249), o qual não se inclina a favor da tese da revogação.

Da mesma maneira, na Itália, permaneceu a tese pronunciada pela Corte Constitucional italiana em 1956, na qual o Tribunal se declarou competente para apreciar tais atos (MENDES, 2009b, p. 200).

¹⁹ Luís Roberto Barroso (2006, p. 72) cita vários autores nacionais que defendem a tese da revogação.

Em sentido contrário, na Áustria, conforme expressa Gilmar Mendes (2009b, p. 199), “a colisão entre o direito pré-constitucional e a Constituição configura questão de direito intertemporal não estando submetida à competência exclusiva da Corte Constitucional”.

Sintetizando, aduz Gilmar Mendes (2009b, p. 201) que, salvo raras exceções, a maioria dos Tribunais Constitucionais pende no sentido de serem competentes para apreciar atos normativos pré-constitucionais, preponderando, assim, a tese da inconstitucionalidade superveniente.

No Brasil, embora haja doutrina com argumentos de peso defendendo a possibilidade de as normas pré-constitucionais serem objetos de controle abstrato de normas (DINIZ, 1995), a jurisprudência do STF, desde a vigência da Constituição de 1946, antes, portanto, da introdução da ADI no nosso ordenamento (BARROSO, 2006, p. 82), alinhou-se no sentido da tese da revogação, entendendo que se trata de simples aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, e não de inconstitucionalidade superveniente.

Na ADI 2, julgada em 6/2/1992, o debate foi reascendido, ocasião em que a vetusta jurisprudência da Corte foi confirmada nos termos do voto do Ministro Relator Paulo Brossard, restando vencido o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que entendia pela tese da inconstitucionalidade. Para o Ministro Sepúlveda Pertence a tese da inconstitucionalidade melhor se coadunaria com a segurança jurídica, tendo em vista que a decisão do STF, no controle abstrato, revestir-se-ia de eficácia *erga omnes*, evitando que o “deslinde das controvérsias suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo o país” (*apud* BARROSO, 2006, p.78).

Não se trata de mera discussão acadêmica. Embora os efeitos sejam os mesmos quer se adote um ou outro entendimento, como reconheceu o Ministro Sepúlveda Pertence²⁰, a consequência da adoção da tese da revogação é a não possibilidade de o STF apreciar a constitucionalidade dos atos normativos editados antes da promulgação da Constituição brasileira no controle abstrato de normas, por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, vige no ordenamento jurídico brasileiro o entendimento segundo o qual a incompatibilidade dos atos legislativos pré-constitucionais em face da Constituição apenas

²⁰ Voto proferido na ADI 438/DF Rel.Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 07/02/1992, DJ 27/03/1992, p. 3800: “Não nego a paridade de efeitos substanciais entre a concepção da inconstitucionalidade superveniente e a da ab-rogação pela Constituição nova do direito pré-constitucional ordinário, com ela incompatível”.

poderá ser apreciada incidentalmente, no caso concreto, não podendo tais atos ser apreciados via ação direta de inconstitucionalidade no controle abstrato de normas.

Ressalte-se que com o advento da Lei 9.882/99 tornou-se possível aferir a constitucionalidade dos atos normativos pré-constitucionais em sede de controle abstrato por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Assim dispõe o art. 1º, parágrafo único, I da Lei 9.882/99: cabe também ADPF quando “for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Diante do exposto, mencione-se que esta jurisprudência do STF pode criar obstáculos à fiscalização de constitucionalidade justamente em situações que envolvem o efeito repristinatório. Expliquemos.

Conforme veremos, a jurisprudência do STF, objetivando evitar os efeitos indesejados que resultariam da eficácia repristinatória da decisão declaratória de inconstitucionalidade, exige que a parte autora impugne toda a cadeia normativa outrora revogada pela norma impugnada, não conhecendo da ADI, caso não haja o pedido subsidiário de declaração de inconstitucionalidade de tais normas, pois, segundo entende, não poderia apreciar a inconstitucionalidade dessas normas sem infringir o princípio do pedido.

À luz dessa jurisprudência, como se comportará o Supremo Tribunal Federal se as normas da cadeia normativa revogada forem pré-constitucionais, tendo em vista sua jurisprudência de não conhecer de direito pré-constitucional em sede de ADI? Deixaria o STF de conhecer da ação direta nessa situação? Como conjugar os entendimentos a fim de que não haja obstáculo ao exercício da jurisdição constitucional pela Suprema Corte?

Em face do exposto, faz-se necessário encontrar uma interpretação que concilie os entendimentos acima objetivando numa máxima eficácia à fiscalização abstrata de constitucionalidade e ao princípio da supremacia da Constituição.²¹ Sobre o assunto, entretanto, refletir-se-á adequadamente no momento oportuno.

²¹ Percebeu o problema o Procurador-Geral da República na petição de agravo regimental na ADI nº 3111/RJ, conforme relata o Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI nº 3660/MS.

3.2.2 Direito revogado

O STF firmou entendimento no sentido da impossibilidade de se conhecer de ação direta de inconstitucionalidade contra lei já revogada, ainda que a revogação ocorra durante o curso da ação, julgando-a, nesse caso, prejudicada por perda do objeto.²²

Segundo essa orientação, iniciada a partir da ADI n.º 709, Rel. Ministro Paulo Brossard, DJ 20/5/1992, a revogação da lei maculada com o vício de inconstitucionalidade realiza a função constitucional, reservada à ação direta, de extirpar do ordenamento jurídico atos normativos eivados de inconstitucionalidade, não havendo, em tais situações, interesse de agir, devendo os atos concretos produzidos pela norma viciada serem discutidos nas vias ordinárias (VELOSO, 2000, p. 118).

Discordando desta tese, afirma Gilmar Mendes (2005, p. 212) que a mesma pode levar a situações insatisfatórias, tendo em vista que, nem sempre, “o indivíduo dispõe de condições de provocar o exame da matéria no controle incidental, uma vez que esse sistema pressupõe sempre a defesa de um interesse jurídico específico, o qual nem sempre pode ser demonstrado”.²³

Diante disso, o órgão legislativo poderia editar uma norma inconstitucional, causando efeitos gravosos aos cidadãos, para, depois de ter gerado efeitos sobre as situações fáticas, revogá-la, ficando imune do controle abstrato, restando aos jurisdicionados apenas o juízo ordinário para poder desfazer os efeitos prejudiciais produzidos pela norma inconstitucional.

A tese de se conhecer de atos revogados em sede de fiscalização abstrata não é estranha no direito comparado. Na Alemanha, por exemplo, conforme noticia Gilmar Mendes (2005, p. 132), conhece-se, em geral, do direito revogado em sede de controle abstrato, pois, “como a lei revogada pode ser aplicada além do tempo de sua revogação, a aferição de sua constitucionalidade, na hipótese, não violenta a natureza do controle abstrato de normas”.

²² Nesse sentido: ADI 3778/RJ. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 31/10/2007.

²³ Ressalte-se que Gilmar Mendes, na obra referida, posiciona-se claramente em sentido contrário à tese adotada pelo STF.

Do mesmo modo, o Tribunal Constitucional de Portugal tem conhecido do direito revogado em sede de fiscalização abstrata (VELOSO, 2000, p. 120).

O que se pretende, em face do exposto, é mostrar que o tema ganha, de certa forma, relevância face à eficácia repristinatória da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade.

Com efeito, tendo em vista o precedente do STF de exigir que a parte requerente especifique, pontualmente, no pedido da ação direta as normas anteriormente revogadas pelo diploma normativo impugnado quando, também, forem inconstitucionais - a fim de evitar o fenômeno do efeito repristinatório indesejado -, curiosamente, excepciona-se seu entendimento de não se conhecer de normas revogadas na ação direta, pois emite, nessa ação, juízo de inconstitucionalidade acerca do direito “revogado” objetivando evitar a ocorrência do referido fenômeno.

Vislumbrou-se tal situação, por exemplo, na ADI nº 3.148/TO, na ocasião em que o Procurador-Geral da República inseriu no pedido inicial as normas revogadas pela lei objeto da ação para evitar tanto o referido efeito repristinatório indesejado, como o não conhecimento da ação direta pelo STF, como ocorre de praxe no âmbito daquele Tribunal quando não há impugnação de tais normas pela parte requerente.²⁴

Por outro lado, é bem verdade que norma inconstitucional, porque nula, não produz, em tese, efeitos válidos, inclusive, eventuais efeitos derogatórios. Sendo assim, nos casos em que a norma inconstitucional revoga uma lei anterior, não ocorre propriamente uma revogação, pois, como assevera Rui Medeiros, “na lógica da nulidade, a norma anterior não chegou juridicamente a cessar a sua vigência”.²⁵

O exposto poderia até justificar a não exceção ao precedente do STF de não conhecer do direito revogado em sede de fiscalização abstrata quando a Corte Suprema estivesse exercendo o controle sobre os atos revogados pelo diploma impugnado na ação direta, tendo em vista que, se não existisse a norma revogadora inconstitucional, tais atos não teriam perdido a vigência.

²⁴ Para exemplificar, cite-se: ADI 2574-1/AM, ADI 2132-RJ, ADI 2242/DF, ADI 2215 MC/PE. Tais ações foram extintas sem julgamento de mérito devido à omissão da parte requerente ao não impugnar as normas revogadas, viciadas com o mesmo vício de inconstitucionalidade da norma impugnada, e que, por isso, poderiam retornar a vigência se a ação fosse julgada procedente.

²⁵ *Apud* SANTIAGO, Marta Cristina Jesus. A Harmonia do Controle de constitucionalidade misto português. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-14-ABRIL-2008-ARTA%20SANTIAGO.PDF>>. Acesso em 10/06/2010.

Nada obstante, conclui-se que, até mesmo visando melhor atender ao princípio da segurança jurídica, não se mostra fora de despropósito o STF conhecer de atos revogados no controle abstrato de normas (VELOSO, 2000, p. 119).

3.3 Princípio do pedido no controle abstrato de normas

A Lei 9.868/99 dispõe que o autor na petição inicial deverá indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, assim como o pedido, com suas especificações (art. 3º, I, II).

Sobre o fundamento jurídico do pedido, importa destacar que, embora o Supremo não admita alegações genéricas de inconstitucionalidade da norma impugnada²⁶, não está vinculado aos fundamentos jurídicos invocados pelo autor, podendo apreciar o pedido por outros fundamentos não invocados na petição, predominando no âmbito daquela Corte o princípio da causa de pedir aberta.²⁷

Interessa-nos, agora, tecer algumas considerações sobre o princípio do pedido na ADI, o qual pode consistir em um juízo definitivo ou provisório (medida cautelar) sobre a constitucionalidade da lei.

Com efeito, assim como no processo civil ordinário, o pedido é requisito essencial da petição inicial (art. 282, IV do CPC), o dispositivo supracitado da Lei 9.868/99 consagra expressamente o princípio do pedido no controle abstrato de normas. Sobre o tema, assim expressa Gilmar Mendes:

O princípio do pedido é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação do órgão decisório como um tribunal. A *forma judicial* constitui característica peculiar que permite distinguir a atuação da jurisdição constitucional de outras atividades, de cunho meramente político (2009b, p. 274).

²⁶ ADI 259/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, julgado em 11/03/1991, DJ 19/2/1992, p. 2030.

²⁷ Nesse sentido, voto do ministro Moreira Alves na ADI 1749/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, Rel. para Acórdão Nelson Jobim, Pleno, julgado em 25/11/1999, DJ 15/04/2005, p. 5.

Contudo, se por um lado, segundo se infere do art. 460 do Código de Processo Civil ²⁸, no processo ordinário comum, no âmbito do qual se discute interesses subjetivos, o órgão judiciário está adstrito ao pedido formulado pelo autor da demanda (MARINONI *et al.*, 2008, p. 76), por outro lado, no processo constitucional, em face da finalidade maior de proteção da ordem jurídica constitucional, o princípio do pedido há que receber novos contornos. ²⁹

Sobre a nova dimensão do princípio do pedido, visualizando-o a partir da ótica da jurisdição constitucional, vejamos o que expressa o Ministro Sepúlveda Pertence sobre o assunto:

[...] a ação direta foi instituída como instrumento de salvaguarda da higidez da ordem jurídica e não para a tutela de pretensões de direito dos sujeitos legitimados para propô-la e que, em razão disso, a recepção do princípio do pedido no processo objetivo da jurisdição constitucional há de ser dimensionada a partir dessa perspectiva institucional do sistema de controle abstrato de normas. ³⁰

A finalidade do exposto é apenas para elencar que essa nova dimensão do princípio do pedido na jurisdição constitucional ganha relevância frente a uma situação que envolve o efeito repristinatório.

Com efeito, como já assinalado, o Supremo Tribunal Federal entende que quando a norma impugnada revogou normas que também sofrem do mesmo vício de inconstitucionalidade, a parte deve pedir sucessivamente a declaração de nulidade destas normas para evitar o efeito repristinatório indesejado, sob pena de não se conhecer da ADI.

Diante disso, o que se questiona é se o STF poderia estender a declaração de nulidade para as normas revogadas, quando não houvesse o pedido expresso da parte. Mais adiante veremos como se pronuncia a jurisprudência e a doutrina sobre o assunto.

²⁸ Art. 460 CPC: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

²⁹ Entre as diferenças podemos citar a impossibilidade de desistência da ADI (art. 5º da Lei 9868/99), face à sua característica de tutelar a ordem objetiva, e não interesses subjetivos. Segundo Gilmar Mendes (2009b, p. 282), o STF inicialmente chegou a admitir a desistência da ação proposta, mas afastou-se deste entendimento, sendo que desde 1970, o Regimento Interno do STF (RISTF) já impossibilitava a desistência da ADI, residindo a razão principal deste dispositivo na natureza objetiva do processo na jurisdição constitucional.

³⁰ ADI 2154/DF e ADI 2258/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14.2.2007. STF Informativo n. 456.

3.4 Parâmetro de controle

O parâmetro de controle das normas, em face do art. 102, I, a CF/88, é, exclusivamente, a Constituição, incluindo todas as normas contidas em seu bojo, sejam normas constitucionais em sentido material ou apenas formal. Da mesma forma, abrange também os princípios constitucionais implícitos.

Dentre os princípios implícitos, ou seja, aqueles que não estão expressamente previstos no texto da Constituição, mas que podem ser derivados de suas normas, dois merecem relevância para este trabalho, motivos pelo qual serão aqui enunciados.

O primeiro deles diz respeito ao princípio da nulidade da norma inconstitucional. Nosso ordenamento constitucional nunca o expressou de forma expressa, mas a nossa jurisprudência desde sempre consagrou, por influência da jurisprudência americana, a teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional.

Na doutrina, também encontramos quem defenda o *status* constitucional deste princípio. Nesse sentido, Gilmar Mendes aduz que:

Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional. Nessa medida é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal que parece reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição. (2005, p. 326).

Quando ao princípio da segurança jurídica, aduz a doutrina que o mesmo está consagrado tanto na fórmula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, em que se protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, como no macroprincípio do Estado de Direito (art. 1º CF/88). Sobre o tema, assim se manifesta Humberto Ávila:

O princípio da segurança jurídica é construído de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º). Em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, nomeadamente as de proteção do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) (2008, p. 308).

Dito isso, não resta dúvida entre nós que o princípio da segurança jurídica, embora não expressamente previsto na Constituição, possui o *status* de princípio constitucional, servindo, portanto, como parâmetro de controle de constitucionalidade dos atos normativos ordinários.

3.5 Medida cautelar

A Constituição Federal de 1988 consagra no art. 102, I, *p* a possibilidade de concessão de medida cautelar no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade.

Devido ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis ou atos normativos,³¹ tal provimento apenas deve ser concedido em caráter excepcional, quando atendidos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (MENDES *et. al*, 2009b, p. 332).

A seu turno, a Lei 9.868/99 disciplina tal instituto, dispondo que a medida cautelar somente poderá ser concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, sendo, em regra, com efeitos *ex nunc*, tendo em vista que, como explica Ives Gandra, a concessão da medida cautelar apenas afasta a eficácia da lei, não sua vigência (MENDES *et. al*, 2009b, p. 353).

Destaque-se, ainda, que foi em sede de medida cautelar que o efeito repristinatório restou previsto expressamente na lei em comento (art. 11, § 2º).

³¹ O princípio da presunção de constitucionalidade das leis, conforme assinala Barroso (2006, p. 371), “funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento”.

3.6 A decisão e seus efeitos

A Lei 9.868/99 disciplina conjuntamente a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de inconstitucionalidade, dispondo que a decisão sobre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da lei apenas será tomada se presentes na sessão pelo menos oito ministros e, se num ou noutro sentido, manifestarem-se pelo menos seis ministros, ou seja, exige-se o voto da maioria absoluta do Tribunal (art. 22 e 23).³²

Terminado o julgamento da ação faz-se necessária ainda a comunicação ao órgão responsável para a expedição do ato (art. 25), a qual é obrigatória, segundo acentua Gilmar Mendes (2009b, p. 447), independente do resultado do julgamento, previsão que já constava no Regimento Interno do STF (art. 175).

A decisão proferida em sede de fiscalização abstrata produz alterações no mundo jurídico, operando, em regra, efeitos, *erga omnes*, vinculantes, retroativos e repristinatórios (BARROSO, 2009, p. 195).

O efeito *erga omnes* significa que a decisão proferida em sede de ADI se estende para além das partes, no sentido formal, do processo objetivo, dispensando a necessidade de qualquer ato posterior, como ocorre no controle difuso, em que há necessidade da edição da resolução do Senado para que os efeitos não se revistam apenas de eficácia apenas *inter partes* (art. 52, X CF/88).

Sobre o tema, interessante observar que nem sempre foi pacífica, no direito brasileiro, a eficácia contra todos das decisões proferidas em sede de controle abstrato, o qual restou pacificado perante o Supremo Tribunal Federal em 1977, conforme acentua Gilmar Mendes:

³² O art. 23, parágrafo único da Lei 9.868/99 dispõe: “Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.”

O Supremo Tribunal Federal deixou acente, em 1977, que, [...] a pronúncia de inconstitucionalidade no processo abstrato de normas era dotada de eficácia *erga omnes*. Essa orientação foi fixada em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal. Segundo a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia *erga omnes* [...] estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e não dependia, portanto, de qualquer fundamento legal (2009b, p. 537).

Atualmente, o art. 102, § 2º, da CF/88 (na redação da EC nº 45/04) e o art. 28, parágrafo único, da Lei 9868/99 consagram expressamente a eficácia contra todos da decisão proferida em sede de ADI, abrangendo a expressão os demais órgão do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, embora semelhantes, devem ser tratados como institutos distintos (MENDES *et. al.*, 2009a, p. 1333). O art. 102, §2º da CF/88, que inicialmente referia-se apenas à decisão em ADC (redação da EC nº 3/93), posteriormente modificado pela EC nº 45/04 para incluir a decisão proferida em ADI, e o art. 28 da Lei 9.868/99 referem-se tanto a uma eficácia contra todos como ao efeito vinculante das decisões em sede de controle abstrato, o que mostra a intenção do legislador em distinguir os dois efeitos.

Acentua Gilmar Mendes (2009a, p. 1334) que o efeito vinculante consagrado pela EC nº 3/93, inspirou-se no modelo germânico, segundo o qual, conforme sustenta o Tribunal Constitucional Alemão, o efeito da decisão não está limitado apenas a sua parte dispositiva, mas também aos próprios fundamentos determinantes da decisão.

O Supremo Tribunal Federal, com base nesta doutrina, tem construído um entendimento denominado transcendência dos motivos determinantes³³, o qual significa que os órgãos judiciários e administrativos devem respeitar não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também a norma abstrata construída que a fundamentou, ou seja, às razões de decidir (*ratio decidendi*). Explicitando o instituto, aduz Gilmar Mendes:

Com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do

³³ STF Rcl. 1987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Julgada em 01/10/2003, DJ 21-05-2004, p. 33.

pronunciamento judicial – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado (2009a, p. 1334.).

Conseqüência deste entendimento é que todo aquele que tiver uma situação jurídica violada por decisões ou atos administrativos contrários ao decidido pelo STF será legitimado para ajuizar reclamação constitucional, perante o STF, para fazer valer sua decisão mesmo que o ato violador não tenha sido propriamente objeto de impugnação no controle abstrato.³⁴

Impende ressaltar que o STF não está vinculado à decisão proferida nos autos do processo de fiscalização abstrata, pois, se assim não fosse, haveria um obstáculo ao próprio desenvolvimento da ordem jurídica constitucional, uma vez que a Corte Maior seria obrigada a sustentar teses que considerasse equivocadas ou mesmo superadas. Todavia, importa ressaltar, caso haja mudança de orientação jurisprudencial, estará duplamente onerada, pois, além de justificar a superação do precedente, deverá fundamentar a nova orientação (MENDES *et. al.*, 2009a, p. 1338).

Por sua vez, o Poder Legislativo não está impedido de editar outra lei com conteúdo idêntico ao da lei declarada inconstitucional, por não se encontra vinculado à decisão proferida em sede de controle abstrato. Coerente com este entendimento, o STF não tem admitido reclamação nos casos em que o legislador edita norma com o mesmo teor de outra declarada inconstitucional, mas sim o ajuizamento de outra ação direta de inconstitucionalidade.³⁵

3.7 Efeito retroativo e teoria da nulidade da norma inconstitucional

Adota-se no direito brasileiro, desde a vigência da Constituição de 1889, seguindo influência da doutrina e jurisprudência americana, a teoria da nulidade da norma inconstitucional, segundo a qual, inconstitucionalidade está vinculada à nulidade,

³⁴ STF Informativo n. 289.

³⁵ Nesse sentido: ADI 907 MC/RJ, Rel. Ilmar Galvão, Pleno, julgado em 08/10/1993, DJ 3/12/1993.

justificando-se tal entendimento na afirmação de que “o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição” (MENDES, 2005, p. 318).

Se por um lado, o ordenamento constitucional nada estatui expressamente sobre a sanção a ser aplicada à norma inconstitucional, a doutrina, como já referido anteriormente, considera a nulidade do ato inconstitucional um verdadeiro princípio constitucional implícito (MENDES, 2005, p. 326).

Conseqüência desta teoria, é que a lei declarada inconstitucional pelo STF na ação direta de inconstitucionalidade é considerada, independente de qualquer outro ato, nula *ipso jure* e, em regra, a decisão reveste-se de efeitos retroativos, ou seja, tem seus efeitos retroagidos para o início da norma impugnada, motivo pelo qual se afirma que a natureza dessa decisão é declaratória, não-constitutiva, uma vez que apenas há o reconhecimento de uma situação de ilegitimidade preexistente, considerando inválidos todos os efeitos produzidos pela norma viciada.

Se, na teoria, a tese da nulidade da norma inconstitucional mostra-se coerente, tal não ocorre quando na sua aplicação no caso concreto. Com efeito, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade nem sempre encontra ressonância na realidade prática, tendo em vista que, às vezes, não é possível desconsiderar todos os efeitos produzidos pela norma inconstitucional, tornando-se necessário o reconhecimento jurídico dos atos jurídicos praticados sob o manto da norma inconstitucional, sob pena de causar insegurança jurídica.

Nesse diapasão, imagine-se a situação de uma norma que teve reconhecida sua eficácia apenas após um longo decurso de tempo, sob a incidência da qual foram constituídas várias relações jurídicas de boa-fé. Nesses casos, a declaração retroativa de inconstitucionalidade clama por temperamentos, sob pena de causar insegurança jurídica e violação ao princípio da confiança, importantes valores prezados pela ordem constitucional.

A doutrina da limitação da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade restou bem desenvolvida no direito comparado (MENDES, 2009b, p. 492), encontrando abrigo, até mesmo, na jurisprudência americana no seio da qual se desenvolveu a teoria da nulidade, que passou a admitir, em certos casos, a mitigação da teoria da retroatividade da norma inconstitucional (MENDES, 2005, p. 327).

É pacífico atualmente na doutrina que considerar efeitos válidos produzidos pela norma inconstitucional não significa negar vigência à Constituição, mas que também é uma forma de se preservar sua supremacia (BARROSO, 2009, p. 212). Nesse sentido, José Souto Maior Borges, no prefácio ao livro “Sistema Tributário Constitucional”, de Humberto Ávila (2008, p. XLII), assim expressa:

Não passa de um preconceito equivocado pretender-se que melhor se prestigia a CF quando se nega qualquer validade e eficácia à norma dita “inconstitucional”. O contrário é o que precisamente se observa. Tanto mais se prestigiada estará a Magna Carta, e mais expansiva será a sua eficácia, quanto mais se considere que até a lei inconstitucional está nela prevista e regulada e lhe são constitucionalmente atribuídos efeitos, embora diversificados dos efeitos das normas conformes à CF.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal passou a atenuar a teoria da nulidade em diversos precedentes, admitindo situações em que a decisão não produziria efeitos retroativos, em atenção ao princípio da segurança jurídica e do interesse social.³⁶

A modulação dos efeitos da decisão, inicialmente sem previsão no nosso ordenamento, foi explicitada no art. 27 da Lei 9.868/1999, o qual estatui que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Sobre o dispositivo do art. 27, a exposição de motivos ao Projeto de Lei n. da Lei 9.868/99 assim dispôs:

Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (*apud* MENDES, 2006, p. 277).

³⁶ Nesse sentido: RE 122.202/MG, Rel Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 10/08/1993 DJ 8/4/1994.

Assim, com supedâneo neste dispositivo, o Supremo Tribunal Federal pode restringir os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, determinando que a eficácia da decisão seja *ex nunc* ou fixar outro momento para que sejam operados seus efeitos, em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, cláusulas que consagram valores constitucionais.

O fundamento da limitação dos efeitos está na ponderação entre princípios constitucionais, os quais, se no plano abstrato convivem harmonicamente, podem encontrar-se em colisão no caso concreto. O Supremo Tribunal Federal ao dosar os efeitos retroativos da decisão o faz com base na ponderação entre a norma constitucional violada pela lei objeto do controle e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela norma inconstitucional (BARROSO, 2009, p. 211).

A ponderação entre normas constitucionais consiste numa técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, como, por exemplo, nos casos em que há a incidência de mais de uma norma constitucional, incompatíveis entre si, na situação fática, mostrando-se insuficiente a técnica da subsunção. Nestas situações, o intérprete detecta as normas relevantes para a solução do caso, faz um estudo da interação destas com o caso e, sopesando interesses, bens, valores, utilizando como instrumental o princípio da proporcionalidade, indica qual das normas aplica-se ao caso, e com que intensidade, afastando, naquele caso concreto, as outras normas hipoteticamente aplicáveis (BARROSO, 2006, p. 358).

Admitindo a diferença entre os planos da validade e da eficácia da norma, a norma infraconstitucional, embora inválida, e, por consequência, nula, produz efeitos, os quais, muitas vezes, encontram-se protegidos pela Constituição, como o princípio da boa-fé, moralidade, coisa julgada, segurança jurídica. Tais princípios são sopesados, por meio da técnica da ponderação, pelo Supremo ao proferir a decisão de inconstitucionalidade da norma, quando do estudo da sua decisão.

Portanto, não há violação da ordem jurídica constitucional ao se permitir a permanência dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional, pois “o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social” (MENDES *et. al.*, 2009b, p. 565).

4 EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

4.1 Repristinação

A palavra repristinação - formada, etimologicamente pelo prefixo latino *re* (fazer de novo, restaurar) e *pristinus* (anterior, antigo, primitivo) - significa restauração do antigo (ANTÔNIO CHAVES *apud* DINIZ, 2004, p. 85). Em termos jurídicos refere-se à restauração da vigência da lei revogada em virtude da revogação da lei revogadora.

Repristinação relaciona-se com revogação. Revogar significa cessar a vigência, retirar a eficácia de uma norma por meio de outra norma, podendo ocorrer de forma expressa ou tácita.

Suponha-se que uma lei B tenha revogado uma lei A. A revogação da lei B restauraria automaticamente a vigência da lei A? Na doutrina, há quem sustente tanto a repristinação automática, como os que afirmam a necessidade de disposição expressa na norma que revoga a lei B para que haja a volta da vigência da lei A (PEREIRA, 2006, p. 131).

Encontra adesão entre os principais autores, segundo Luís Roberto Barroso (2006, p. 90), a doutrina que afirma a necessidade de disposição expressa do legislador para que a lei produza efeitos repristinatórios, concepção que foi adotada pela Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), dogmatizando, assim, a vedação da repristinação implícita no nosso ordenamento. Vejamos dispositivo transcrito abaixo:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. (grifo nosso)

Justificando a adoção da teoria que veda a repristinação implícita no nosso

ordenamento, Maria Helena Diniz (2004, p. 85) afirma que a restauração automática da vigência da norma primitiva revogada é condenável juridicamente por colocar em risco a segurança jurídica, tendo em vista as dificuldades que causaria na aplicação do direito, uma vez que seria quase impossível para os operadores do direito ter ciência de quais normas estariam vigentes se fosse admitido tal instituto no nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, o eventual vazio legislativo deixado pela revogação da norma revogadora, soluciona-se com a possibilidade de o legislador manifestar-se expressamente no sentido da restauração da primitiva lei revogada, em outras palavras, o que se veda é a repristinação automática das normas revogadas.

4.2 Efeito repristinatório

Como visto alhures, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei em sede de controle abstrato, pela teoria da nulidade da norma inconstitucional, é declaratória, produzindo, em regra, efeitos retroativos à data de início da vigência da lei, considerando ineficazes todos os efeitos produzidos pela lei inconstitucional.

Por outro lado, sabe-se que toda lei ao ingressar no mundo jurídico conflita-se com as anteriores que regulam contrariamente o mesmo assunto, produzindo, pela regra hermenêutica da *lex posterior derogat priori*, efeitos derogatórios, expressos ou tácitos.

Dessarte, a decisão que declara a inconstitucionalidade em sede de fiscalização abstrata implica a restauração da lei anteriormente revogada, tendo em vista que inclusive os efeitos derogatórios produzidos pela norma impugnada tornam-se ineficazes. Confira-se:

EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE "IN ABSTRACTO". - A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização normativa abstrata, importa - considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente - em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por ser juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), sequer possui eficácia derogatória. Doutrina. Precedentes (STF).³⁷

³⁷ ADI 2867-7/ES, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 03/12/2003, DJ 09/02/2007.

Conquanto guarde semelhanças com o instituto da repristinação, o efeito repristinatório com ele não se confunde. No âmbito doutrinário Clèmerson Merlin Clève os distingue:

É possível estabelecer distinção entre o puro efeito repristinatório e a repristinação. Por efeito repristinatório identificar-se-ia o fenômeno da reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Já a repristinação, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma efetivamente revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogadora (2000, p. 250).

No mesmo sentido, reconhecendo a distinção entre os dois institutos, pronuncia-se a jurisprudência do STJ:

A declaração de inconstitucionalidade em tese, ao excluir do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida, produz efeito repristinatório, conduzindo à restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. O chamado efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a repristinação prevista no art. 2º, § 3º, da LICC, sobretudo porque, no primeiro caso, não há sequer revogação no plano jurídico.³⁸

Em face do exposto, é possível elencar algumas diferenças entre os dois institutos. Relacionando-se com a vigência das normas, a repristinação ocorre como consequência de revogação de uma lei (ato do Poder Legislativo). Por outro lado, o efeito repristinatório, afeto ao plano da validade das normas, origina-se das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle abstrato tanto pelo STF (art. 102, CF/88), quanto pelos Tribunais de Justiça no âmbito dos Estados.³⁹

O efeito repristinatório implica, em regra⁴⁰, a restauração da eficácia da lei revogada como se nunca a tivesse perdido, em virtude da retroação dos efeitos da decisão que torna ineficazes todos os efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional, posto que

³⁸ REsp 491009/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 18/05/2006, DJ 03/08/2006.

³⁹ Veja decisão de um Tribunal de Justiça em que se manifesta o efeito em estudo: TJRS ADI n. 70025578394, Rel. Ana Maria Nedel Scalzilli, Órgão Especial, julgado em 08/06/2009, DJ 13/07/2009. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO DESTINADOS A PREENCHER VAGAS DIVERSAS DA FUNÇÃO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 19, I, 20, § 4º, E 32, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. REVOGAÇÃO DE LEI MUNICIPAL ANTERIOR QUE POSSUÍA IDÊNTICO OBJETO. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. NULIDADE DO TEXTO LEGAL INCONSTITUCIONAL. EFEITO REPRISTINATÓRIO INDESEJADO. QUESTÃO PREJUDICIAL AO EXAME DO MÉRITO DA AÇÃO. INICIAL INEPTA. AÇÃO EXTINTA. UNÂNIME.

⁴⁰ Em regra, pois com será analisado posteriormente, há restrições à aplicação do efeito repristinatório.

inválidos.

Por sua vez, a repristinação tem o condão de restabelecer a vigência da norma revogada, mas apenas *pro futuro*, permanecendo válidas todas as relações jurídicas constituídas sob o manto da lei revogadora, uma vez que a revogação de uma lei, diferente da declaração de inconstitucionalidade, se dá por razões de conveniência e oportunidade, e não por questões de nulidade. Sobre este ponto, a jurisprudência do STF já se manifestou pela impossibilidade de o Poder Legislativo anular a lei através de outro ato legislativo sob o argumento de inconstitucionalidade. Vejamos o trecho transcrito abaixo:

Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo [...], podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.⁴¹

Por fim, enfatize-se que a repristinação das leis em virtude da revogação da norma revogadora apenas ocorre de forma expressa, enquanto o efeito repristinatório dá-se de forma automática, implícita, uma vez que na declaração de inconstitucionalidade não há revogação da lei, mas sim invalidação, daí porque “a não-repristinação é a regra aplicável aos casos de revogação de lei, e não aos casos de inconstitucionalidade. É que a norma inconstitucional, porque nula *ex tunc*, não teve aptidão para revogar a legislação anterior, que, por isso, permaneceu vigente”.⁴²

4.3 O efeito repristinatório no direito comparado

Visto em que consiste o efeito repristinatório, vejamos como outros ordenamentos jurídicos disciplinam este efeito, os quais, ao contrário do ordenamento jurídico brasileiro, regulam o tema expressamente em suas Cartas Constitucionais.

⁴¹ ADI 221-MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, julgado em 29/03/1990, DJ 22/10/1993.

⁴² STJ EREsp 517789 AL, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeiro Seção, julgado em 22/03/2006, DJ 10/04/2006 p. 112

4.3.1 Direito português

A Constituição Portuguesa (art. 282) além de dispor expressamente sobre os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade das leis, consagrou o efeito repristinatório e a possibilidade de o Tribunal Constitucional Português restringir, de forma fundamentada, os efeitos da decisão. Segue abaixo a transcrição do artigo supracitado:

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.
2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.
3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.
4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.

Expressa Gomes Canotilho (1993, p. 1100) que, devido aos efeitos *ex tunc* atribuídos à sentença de declaração de inconstitucionalidade, a Constituição (art. 282,1) estabelece a reentrada das normas revogadas pela norma declarada inconstitucional, o que se dá para evitar o vazio legislativo, que resulta do desaparecimento das normas consideradas inconstitucionais. Aduz ainda o constitucionalista português que o efeito repristinatório decorre automaticamente da decisão, não havendo a necessidade de o Tribunal Constitucional Português manifestar-se expressamente acerca de quais normas serão repristinadas.

Observe-se que o teor do art. 282,4 da Constituição portuguesa prevê a possibilidade de limitação dos efeitos da decisão, dentre os quais se incluem os efeitos repristinatórios, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo assim o exigirem.

Acentue-se que, assim como ocorre no direito brasileiro - no qual a mitigação dos efeitos da decisão apenas se dá quando se verifica que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, ocasionará um sacrifício tão grande a outros valores constitucionais a ponto de o Tribunal se abster de pronunciar a inconstitucionalidade se não houvesse a

possibilidade de se limitar os efeitos retroativos e repristinatórios da decisão -, também no direito português a limitação de efeitos ocorre sempre em face da ponderação de valores constitucionais.

Assim, as cláusulas gerais ou de conteúdo indeterminado previstas no art. 282,4 da Constituição portuguesa não legitimam a margem de escolha arbitrária do Tribunal para a fixação dos efeitos, nem constituem cláusulas políticas, mas expressam valores constitucionais, os quais devem ser levados em consideração com base num juízo de proporcionalidade no momento da declaração de inconstitucionalidade (MEDEIROS *apud* MENDES, 2009b, p. 503).

4.3.2 Direito Austríaco

A Constituição austríaca também dispõe expressamente em seu texto sobre o efeito repristinatório nas decisões que decretam a inconstitucionalidade (art. 140, 6). Conforme noticia Zeno Veloso (2003, p. 181), a Carta austríaca prevê a volta da vigência da lei revogada pela norma que foi declarada inconstitucional, muito embora, importante ressaltar, no modelo austríaco a regra é que a decisão que decreta a inconstitucionalidade possui eficácia *ex nunc*, ou seja, sem efeitos retroativos.

Como se sabe, na Áustria, com supedâneo na doutrina de Hans Kelsen, adotou-se a teoria da anulabilidade da lei inconstitucional, segundo a qual a lei se presume válida e eficaz até que seja decretada sua inconstitucionalidade ou mesmo até outro momento fixado pela Corte Constitucional. Sendo assim, pode-se dizer, em certo sentido, que a decisão que decreta a inconstitucionalidade funciona à semelhança da revogação das leis em virtude da declaração de inconstitucionalidade revestir-se de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*.

O interessante é perceber que mesmo não dotado de efeitos retroativos, a decisão produz também efeitos repristinatórios, o que na opinião de Zeno Veloso, tal efeito melhor se amoldaria aos “sistemas em que o juízo de inconstitucionalidade implica a declaração de invalidade da lei, *ex origine*, portanto, com efeitos *ex tunc*, ficando sem efeito, nesse caso, o próprio ato da revogação, explícito ou implícito, que a lei inconstitucional tinha estabelecido em relação às normas anteriores” (2003, p. 181), tal como ocorre em Portugal e no sistema

brasileiro.⁴³

Para Hans Kelsen (*apud* MIRANDA, 1988, p. 254) a anulação de uma lei não ocasionaria a restauração automática da legislação anterior. Assim, para evitar o vazio legislativo admitia o jurista da escola de Viena que o Tribunal Constitucional postergasse a eficácia da decisão até certo prazo, para que desse tempo de o órgão legislativo competente editasse a nova legislação ou mesmo que o Tribunal decretasse expressamente a restauração das normas antigas revogadas.

À luz desse entendimento, a Constituição austríaca (art. 140, §6º), visando evitar uma situação de vácuo legislativo, dispõe que a repristinação da lei deverá ser ordenada pelo Tribunal, exceto quando tal restauração não se mostrar recomendável (MENDES, 2009b, p. 500).

Ver-se, assim, que a finalidade deste instituto é evitar o vazio legislativo decorrente da decisão que decreta a inconstitucionalidade, o qual pode ser suprido tanto pela fixação de um termo futuro para que a decisão adquira eficácia, possibilitando ao órgão legislativo suprir o vazio normativo, como pela determinação da restauração das normas primitivas revogadas (BITTENCOURT, 1997, p. 146).

4.4 Efeito repristinatório no ordenamento jurídico brasileiro

O sistema jurídico constitucional brasileiro não dispõe expressamente sobre a restauração da legislação anterior em virtude da declaração de inconstitucionalidade, nem mesmo sobre os efeitos da decisão a Constituição possui norma expressa. Entre nós, a teoria do efeito repristinatório é fruto de construção doutrinária e jurisprudencial.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso, na primeira edição do seu livro “Interpretação e aplicação da Constituição”, datado de 1995, assim se manifestava:

A premissa da não-admissão de efeitos válidos decorrentes de ato inconstitucional conduz, inevitavelmente, à tese da repristinação da norma revogada. É que a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida por revogada importará na admissão de que a lei

⁴³ Observe-se, entretanto, como já relatado, que no âmbito do nosso ordenamento, a medida cautelar na ADI gera efeitos *ex nunc* e, em regra, repristinatórios. (art. 11 da Lei 9.868/99).

inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito objetivo a uma vontade que era viciada desde a origem. Não há teoria que possa resistir a essa contradição (2006, p. 92).

A seu turno, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda no regime constitucional anterior, dispunha que:

A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao STF, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo.⁴⁴

No que diz respeito à decisão definitiva, o fundamento para a eficácia repristinatória da decisão que declara a inconstitucionalidade parece decorrer logicamente da adoção da teoria da nulidade. Com efeito, declarada a inconstitucionalidade de uma norma em sede de fiscalização abstrata pelo STF, pronuncia-se a sua nulidade, em regra, desde a origem, retroativamente, tornando inválidos todos os efeitos produzidos pela norma viciada, inclusive eventuais efeitos derogatórios.

Nesse sentido, Zeno Veloso afirma que outra conclusão não seria possível, face aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade atribuídos pelo STF:

No Brasil, dado que a declaração de inconstitucionalidade, em regra, implica nulidade do preceito impugnado, tendo a sentença efeito *ex tunc*, sendo esta a posição da jurisprudência dominante do STF, não se pode deixar de concluir que as normas revogadas pelas leis posteriormente invalidadas voltam a vigorar, ou até melhor dizendo, funcionam como se jamais tivessem deixado de vigorar (2003, p. 192).

Outrossim, a medida cautelar concedida na ação direta de inconstitucionalidade, mesmo não possuindo, em regra, efeitos retroativos, produz, segundo a jurisprudência do STF, efeitos repristinatórios.

Diante disso, dados os efeitos *ex nunc* produzidos no âmbito cautelar na ADI, poder-se-ia questionar porque a concessão desta medida também produz efeitos

⁴⁴ ADI nº 652/MA, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 2/4/1992, DJ 2/4/1993.

repristinatórios, uma vez que os efeitos anteriores produzidos pela norma não são, pelo menos temporariamente, invalidados no momento da sua concessão.

A justificação para que a norma outrora revogada restaure sua eficácia liminarmente reside na necessidade de se evitar o vácuo legislativo durante a suspensão da eficácia da lei impugnada, evitando, de acordo com as circunstâncias do caso, uma situação de insegurança jurídica.

Nesse sentido, cite-se uma decisão proferida pelo STF em 1992, no âmbito da qual se restaurou a legislação anterior revogada pela norma impugnada, assim ementada:

Ação direta de inconstitucionalidade. Aditamento para afastar problemas com o cumprimento de liminar já concedida, restabelecendo lei expressamente revogada pelo Diploma legal parcialmente impugnado. Pedido de liminar. Liminar deferida, para suspender a eficácia "ex nunc" das expressões "a lei 7.834, de 1989" constantes no artigo 38 da Lei 8.216, de 13 de agosto de 1991.⁴⁵

Nesse julgado permitiu-se um aditamento ao pedido para que fosse incluído na impugnação o dispositivo que revogava a legislação anterior, pois apenas com sua suspensão em sede de liminar, ocorreria a restauração das normas revogadas pela lei objeto do controle de constitucionalidade, evitando, na situação dos autos, vácuo legislativo e insegurança nas relações jurídicas.

Sanando a ausência de previsão legal no nosso ordenamento relativo ao efeito repristinatório, a Lei 9.868/99, ratificando entendimento doutrinário e jurisprudencial, veio dispor que a “concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário” (art. 11, § 2º).

Acentue-se que, embora a referida lei tenha previsto que apenas a decisão que concede a medida cautelar resulta em efeito repristinatório, silenciando em relação à decisão final declaratória de inconstitucionalidade, oportuno destacar que, com maiores razões a decisão final pode produzir tais efeitos, tendo em vista não se revestir apenas de caráter temporário, mas ser definitiva.

Aliás, é relevante destacar desde logo que a razão do art. 11, § 2º da Lei em referência foi menos prevê expressamente a existência do efeito repristinatório nas decisões concedidas em sede de fiscalização abstrata, mas dispor que a Corte Maior poderia manifestar-se contrariamente à aplicação deste efeito, uma vez que nem sempre a restauração

⁴⁵ ADI-MC nº 722/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, julgado em 20/5/1992, DJ 19/6/1992.

da vigência da norma outrora revogada é conveniente, como será adiante analisado.

4.5 Restrições à aplicação do efeito repristinatório.

Como visto, no nosso ordenamento, porque a norma inconstitucional é nula, a decisão proferida em sede de ADI produz efeitos repristinatórios (CLÈVE, 2000, p. 249), ou seja, acarreta a restauração da vigência da legislação revogada pelo diploma normativo eivado de inconstitucionalidade.

Contudo, na prática, nem sempre o retorno da legislação anterior se mostra vantajoso, precipuamente quando a revigoração da norma causar insegurança nas relações jurídicas, tornando-se, nesse caso, necessário que o STF, ao proferir sua decisão, impeça a restauração da norma outrora revogada.

Entre as situações que ocorre o efeito repristinatório indesejado, cite-se aquela em que a norma revogada sofre do mesmo vício de inconstitucionalidade da lei revogadora e impugnada na ação direta de inconstitucionalidade.

Suponha-se, ainda, uma situação em que a norma revogada, embora em tese compatível com a Constituição, mas pelo fato de ter passado muito tempo “pseudo-revogada”, não se mostrar mais idônea para regular os atos jurídicos do presente, tendo em vista a sua dificuldade de se adequar novamente ao sistema jurídico, não se mostrando mais apta para regular as situações jurídicas, face às mudanças dos princípios e valores.

Em face dessas situações, destaque-se a seguinte consideração: sabe-se que pela teoria da nulidade a norma inconstitucional é nula desde o início de sua vigência. Sendo assim, as relações jurídicas reguladas pela norma inconstitucional deveriam ser desfeitas para que sobre elas passasse a incidir a norma repristinada, a qual nunca deveria ter perdido sua vigência, caso não existisse a norma que a revogou.

Entretanto, nos casos em que norma declarada inconstitucional produz efeitos por um longo tempo, retroagir os efeitos da decisão para que as situações jurídicas realizadas sob a vigência da lei inconstitucional passem a ser reguladas pela norma restaurada, pode provocar uma verdadeira calamidade jurídica, uma vez que muitas situações jurídicas já estarão consolidadas, tornando-se impossível o retorno ao estado anterior à incidência da lei

impugnada sobre as situações fáticas.

Nesse sentido, importante mencionar, os efeitos da decisão do STF, conforme destaca Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 253) repousam sobre o plano da norma, não no plano dos fatos, ou seja, os atos singulares praticados com fundamento na lei reputada inconstitucional não são automaticamente desconstituídos pela decisão de inconstitucionalidade.

Semelhantemente, afirma Gilmar Mendes (2005, p. 256) que a “conseqüência lógica da declaração de nulidade *ex tunc* deveria ser a eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela”, todavia, aduz o doutrinador, tal não se verifica no nosso ordenamento em virtude das chamadas fórmulas de preclusão.

Nessa ordem de idéias, o importa observar é que, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade ocasionaria obstáculos frente às situações elencadas relativos à eficácia repristinatória da decisão. Evidencia-se que o Direito não pode ser pensado em termos de lógica pura, tornando-se necessário, muitas vezes, a adequação das construções teóricas às diversas situações que surgem no seio da sociedade, pois, como bem expressou certo autor “a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias” (CLÈVE, 2000, p. 255).

Não se trata de desprezar os postulados teóricos, mas sim de adaptá-las às situações que surgem no seio da sociedade, tornando-se necessário a relativização dos efeitos da decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, a mitigação da teoria da nulidade da norma inconstitucional, para fazer valer outros princípios consagrados na Constituição, como o da segurança jurídica, princípio constitucional implícito no nosso sistema, tal como o princípio da nulidade da norma inconstitucional, mostrando, assim, que a solução para tais situações encontra supedâneo na própria ordem jurídica constitucional.

Diante disso, nas situações em que o efeito repristinatório da decisão mostrar-se inconveniente, necessário se torna a menção expressa do STF para limitar os efeitos da decisão proferidas em sede de ADI com o intuito de evitar a restauração das normas anteriormente revogadas pela norma objeto do controle de constitucionalidade, em cumprimento do seu dever de garantir a harmonia da ordem jurídica constitucional.

Manifestando-se sobre o assunto, aduz Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 250) que tal problema pode ser prevenido com o estudo apurado das eventuais conseqüências que a decisão de inconstitucionalidade pode causar, o qual seria feito pelos autores da ação que, ao perceberem que a eventual declaração de inconstitucionalidade poderia ocasionar efeito repristinatório indesejado, deveriam requerer já na petição inicial a declaração de

inconstitucionalidade das normas revogadas, justificando seu entendimento no fato de o STF está vinculado ao princípio do pedido, e que, portanto, não poderia conhecer de ofício da inconstitucionalidade de tais normas.

De fato, tal estudo pode ser levado a cabo pelos próprios requerentes da ADI. No entanto, as Cortes Constitucionais possuem a obrigação política e constitucional de estudar a repercussão de suas decisões antes de proferi-las, uma vez que a função da jurisdição constitucional é garantir a perfeita manutenção da ordem jurídica (LARENZ *apud* MENDES, 2005, p. 387). Sendo assim, não haveria óbice aos Tribunais Constitucionais exercer uma postura mais ativa ao exercer tal função, no caso de haver omissão da parte autora.

Ademais, com o advento da Lei 9.868/99, o STF, na decisão que concede a medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade, poderia impedir a restauração da legislação anterior fundamentado no dispositivo do art. 11, § 2º, o qual prevê a possibilidade de a Corte Maior dispor expressamente em sentido contrário à restauração da vigência das normas revogadas.

Por outro lado, mesmo não havendo previsão legal expressa a respeito do efeito repristinatório na decisão final, a restrição a tal efeito no âmbito da decisão de mérito encontra base normativa na cláusula geral de limitação dos efeitos prevista no art. 27 da referida legislação (BARROSO, 2009, p. 213), dispositivo que, como vimos, fundamenta-se na técnica da ponderação entre princípios constitucionais.

Em face do exposto, mostra-se evidente que não há impedimento para que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie acerca de eventual restrição ao efeito repristinatório, mesmo em face da omissão da parte autora. Entende-se que tal forma de proceder coaduna-se melhor com sua missão constitucional de garantir a harmonia do ordenamento jurídico, podendo, nesse sentido, manifestar-se até mesmo *ex officio* com o intuito de evitar uma eventual eficácia repristinatória indesejada ao proferir sua decisão.⁴⁶

4.6 Análise jurisprudencial do STF que envolve a aplicação do efeito repristinatório

Segundo o entendimento do STF, o efeito repristinatório é inerente às decisões

⁴⁶ Como veremos, não é esse o entendimento do STF sobre o assunto.

que declaram a inconstitucionalidade e importa na restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do controle de constitucionalidade. Confira-se:

A questão da eficácia repristinatória da declaração de inconstitucionalidade in abstracto. A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização normativa abstrata, importa – considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente – em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por ser juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), sequer possui eficácia derogatória. Doutrina." (ADI 2.867, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-12-03, DJ de 9-2-07). No mesmo sentido: (ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-05, DJE 19-9-08).

Feitas tais considerações, vejamos, a seguir, como se pronuncia o Supremo Tribunal Federal em relação ao efeito repristinatório de suas decisões e como é aplicado tal instituto.

4.6.1 Casos em que houve aplicação do efeito repristinatório

A seguir selecionamos dois julgados em ação direta de inconstitucionalidade que ilustram como ocorre a aplicação do efeito repristinatório pelo Pretório Excelso.

Na ADI 2867-7/ES,⁴⁷ o STF julgou a procedente a ação direta para declarar inconstitucional, com eficácia *ex tunc*, por conter vício formal de inconstitucionalidade (usurpação de competência) a Lei Complementar nº 256/2002 do Estado do Espírito Santo que alterou dispositivos da Lei Complementar estadual nº 206/2001. Com a decisão, nos termos do voto do Ministro Relator Celso de Mello, restaurou-se a redação original da LC nº 206/2001. Mencione-se que nada foi disposto no dispositivo da decisão, mostrando, assim, que o efeito em alusão dar-se de forma automática no âmbito das decisões do STF.

Outra situação em que houve aplicação do efeito repristinatório, ocorreu na ADI nº 3647-5/MA⁴⁸, Relator Ministro Joaquim Barbosa, na qual houve impugnação de dispositivos constitucionais da Constituição do Estado do Maranhão (art. 59, §5º e art. 62,

⁴⁷ Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 03/12/2003, DJ 9/2/2007.

⁴⁸ Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, julgado em 17/09/2007, DJe 15/5/2008.

parágrafo único) após serem alterados por uma Emenda Constitucional estadual. Como consequência da decisão final da ADI, julgada procedente, restaurou-se a redação primitiva dos dispositivos constitucionais impugnados.

Interessante observar, ainda em relação à ação direta acima referida, que, inicialmente, o Ministro Joaquim Barbosa propunha, em relação ao parágrafo único do art. 62, da Constituição maranhense ora impugnado, a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição. No caso, a Emenda Constitucional referida suprimiu do dispositivo a sanção de perda do cargo no caso de o Governador e o Vice-Governador se ausentarem do país ou Estado por mais de 15 dias sem a licença da Assembléia Legislativa, em desconformidade com o preceito do art. 82, da CF/88, ferindo, por via de consequência, o princípio da simetria.

Em face disso, propunha o Ministro Relator Joaquim Barbosa, não a declaração da inconstitucionalidade, mas que o dispositivo fosse lido em conformidade com a Constituição para que a sanção da perda do cargo fosse prevista de forma implícita, não obstante a supressão. Ao final, no entanto, evoluiu seu raciocínio, conforme as considerações feitas pelo Ministro Carlos Brito, para declarar, com eficácia *ex tunc*, a inconstitucionalidade do art. 62, parágrafo único da Constituição em alusão, o que traria como consequência a restauração da redação primitiva da norma objeto do controle, evitando, assim, qualquer dúvida acerca do conteúdo da disposição, tendo em vista que a redação primitiva continha expressamente a sanção suprimida pela norma impugnada, mostrando-se tal solução mais harmônica com a Constituição.

Diante disso, percebe-se que o efeito repristinatório apenas ocorre como consequência das decisões que declaram a inconstitucionalidade da norma, não havendo que se falar da existência deste efeito nas decisões em que o STF, ao invés de declarar a nulidade, aplica a técnica da interpretação conforme a Constituição ou a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, conforme disposto no art. 20, parágrafo único da Lei 9.868/99.

A título de ilustração, colaciona-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello, em cujo teor menciona que para que haja a aplicação do efeito repristinatório, necessário se torna que a decisão reconheça a ilegitimidade dos atos impugnados e declare-os nulos, com eficácia *ex tunc*, confira-se:

Com o reconhecimento do efeito repristinatório, de que se reveste a declaração de inconstitucionalidade “*in abstracto*”, impedir-se-á, [...] que se registre, no caso ora em exame, indesejável situação de “*vacuum legis*”, considerada a restauração da

legislação pretérita, por efeito do reconhecimento da ilegitimidade constitucional dos diplomas normativos que a revogaram.

A menos, [...], que se atribua com fundamento no art. 27 da Lei 9.868/99, efeito prospectivo à presente decisão [...], estabelecendo-se que este ato decisório somente terá eficácia a partir de determinado momento, que venha a ser fixado por esta Suprema Corte, em ordem a permitir que o Estado do Rio de Janeiro ajuste, ao julgamento ora proferido, a sua legislação [...].

Vejo, no entanto, considerada a reação dos eminentes Ministros, que esta Suprema Corte prefere não atribuir eficácia prospectiva ao julgamento ora em curso.⁴⁹

Assim, conclui seu voto o Ministro Celso de Mello na ação direta acima referida, decidindo por não atribuir eficácia prospectiva à decisão, mas, julgando a ADI parcialmente procedente, declara inconstitucionais alguns dos dispositivos impugnados, a fim de que seja restaurada a legislação anterior, evitando, assim, o vácuo legislativo ocasionado pela expulsão das normas viciadas do ordenamento jurídico.

4.6.2 Casos em que se manifesta o efeito repristinatório indesejado

As decisões referidas acima foram as que o STF aplicou o efeito repristinatório normalmente, como consequência da decisão que declarou a inconstitucionalidade da norma objeto do controle abstrato. Analisemos agora situações em que se manifesta a necessidade de restringir a aplicação do efeito em estudo.

Para exemplificar, citem-se aquelas em que a norma revogada sofre do mesmo vício de inconstitucionalidade da norma impugnada, como também os casos em que, embora as normas revogadas sejam, em tese, legítimas, a restauração de tais normas não se mostra viável para reger as situações jurídicas, pois poderiam causar uma situação injusta e de insegurança para os cidadãos, tornando-se preferível a vedação do seu retorno.

Em relação aos casos em que a norma anterior revogada padece do mesmo vício de inconstitucionalidade, deixaremos para mencionar adiante, em virtude das várias nuances que o caso comporta.

Em relação à segunda situação referida, não logramos êxito em encontrar uma situação decisão expressa do Supremo sobre o assunto. Contudo, em estudo sobre a

⁴⁹ ADI 2884-7/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 02/12/2004, DJ 0/05/2005.

retroatividade das leis e o princípio da segurança jurídica, Hugo de Brito Machado ⁵⁰ traz um caso que bem exemplifica a situação. O doutrinador cita o caso em que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei tributária resulta no restabelecimento da lei revogada que prever uma situação mais gravosa ao contribuinte. Nesse caso, expressa o autor, que o princípio da segurança jurídica apenas seria preservado se houvesse a irretroatividade da decisão, ou seja, se não houver o restabelecimento da legislação anterior para reger os atos jurídicos regidos pela lei inconstitucional, caso contrário, ocorreria uma situação semelhante à edição de leis retroativas criando ou majorando tributos, causando gravames ao contribuinte.

Esclarece o autor que uma situação como essa está sendo colocada sob a apreciação do Judiciário, sendo razoável esperar que Supremo Tribunal Federal prestigie o princípio da segurança jurídica, negando eficácia repristinatória a sua decisão.

4.6.3 Efeito repristinatório indesejado e as conseqüências sobre o conhecimento da ADI face à teoria do pedido

Outra situação em que haverá vedação ao efeito repristinatório, como já mencionado, ocorre quando a norma revogada também é inconstitucional. Obviamente, não haveria lógica, o Supremo declarar a inconstitucionalidade de uma norma se a sua decisão causar o restabelecimento de outra norma incompatível com a Constituição. Sobre o assunto, confira-se Zeno Veloso (2003, p. 193):

Pode ocorrer, no entanto, de a norma anterior, que havia sido revogada pela lei inconstitucional, ser, por sua vez, inconstitucional. Não teria sentido ou razão o Supremo Tribunal exercer o controle jurisdicional, expelindo do ordenamento norma conflitante com a Carta Magna, mas fazendo voltar a vigorar a norma anterior, que, além de mais antiga, pode estar pelejando de forma mais agressiva e hostil com o Texto Fundamental.

É patente que, em tais situações, o STF deve evitar a restauração da norma revogada, sob pena de se perpetuar uma situação ainda não gravosa à ordem jurídica

⁵⁰A Supremacia Constitucional como Garantia do Contribuinte, Disponível em <http://www.hugomachado.adv.br>. Acesso em: 25/05/2010.

constitucional que a do ato normativo objeto do controle abstrato de normas (CLÈVE, 2000, p 250; VELOSO, 2003, p. 253).

Tal situação foi enfrentada pelo STF no julgamento da ADI nº 3148/TO, no seio da qual se questionava a constitucionalidade de leis estaduais que regulavam matérias de competência da União, quais sejam, jogos e sistemas lotéricos (art. 22, XX CF/88). As normas objeto do controle haviam revogado outras leis que também incidiam no mesmo vício de inconstitucionalidade, motivo pelo qual a parte requerente, além do pedido principal, pediu também a inconstitucionalidade sucessiva das antigas normas revogadas, tendo, ao final, o STF estendido a declaração de inconstitucionalidade também para as normas revogadas, evitando assim o efeito repristinatório indesejado.

O ponto polêmico surge quando a parte não inclui também no pedido a declaração de inconstitucionalidade da norma revogada. Diante disso, poderia o STF conhecer da ação direta e, mesmo sem pedido expresso da parte, restringir a eficácia da decisão de forma a impedir a restauração das normas revogadas, declarando-as, igualmente, inconstitucionais por também padecer do vício de inconstitucionalidade?

É pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual não se conhece da ação direta quando a norma revogada pela lei objeto do controle for também viciada e a parte não pedir, sucessivamente, a sua inconstitucionalidade. Confira-se:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO REPRISTINATÓRIO: NORMA ANTERIOR COM O MESMO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a repristinação de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. Neste caso, e não impugnada a norma anterior, não é de se conhecer da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes do STF. II. - ADIn não conhecida.⁵¹

Segundo esse entendimento, o Supremo tem exigido que a parte impugne até mesmo as normas revogadas, ou seja, toda a cadeia normativa, quando se verificar que da sua decisão, poderá ocorrer o efeito repristinatório indesejado, pois do contrário, não conhece da ADI por violação ao princípio do pedido. Para o Tribunal, a parte sempre pode entrar com outra ação direta, desta feita, corrigindo o erro da inicial e pedindo sucessivamente a inconstitucionalidade das normas revogadas viciadas.

⁵¹ ADI 2574/AP, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, julgado em 2/10/02, DJ 29/8/03.

Sobre o assunto, noticia Gilmar Mendes, em seu voto proferido na ADI 2574/AP, que, inicialmente, o Supremo exigia que a parte, após julgada procedente a ação direta, ajuizasse outra ação direta pedindo a declaração de nulidade das normas inconstitucionais restauradas como consequência da decisão proferida na primeira ação. Prossegue o ministro do Supremo, informando que, posteriormente, houve evolução da jurisprudência, consolidando o entendimento pela exigência de um pedido subsidiário.

Perceba-se que a Corte Maior deixa a impressão que prefere dar relevância a filigranas processuais - abstando-se de apreciar o vício da inconstitucionalidade da lei nessas situações - a exercer uma postura mais ativa no desempenho da atividade da jurisdição constitucional, cumprindo com efetividade seu papel de guardião da Constituição.

Assim, urge que o STF confira uma nova interpretação ao princípio do pedido no âmbito da jurisdição constitucional para que não haja obstáculo ao exercício de sua função de fiscalização dos atos normativos que desrespeitam a Constituição.

No entanto, a jurisprudência do STF, com o apoio de parte da doutrina, não tem levado a cabo esta nova perspectiva do princípio do pedido, ao exigir que a parte delimite de forma precisa o objeto da ação, impugnando até mesmo a norma a ser repristinada quando eivada do vício da inconstitucionalidade, sob pena de não a conhecer quando a parte não se desincumbe deste ônus.⁵²

Cite-se, por exemplo, a opinião de Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 250), segundo o qual a verificação de eventual efeito repristinatório indesejado tem que ser levado a termo no momento da propositura da ação pelos legitimados, os quais devem pedir na inicial a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo ressuscitado quando também eivado do vício de inconstitucionalidade, tendo em vista que o STF está vinculado ao pedido, embora não esteja em relação à causa de pedir.

No direito português, Gomes Canotilho (1993, p. 1100) afirma que “no caso de a norma repristinada ser inconstitucional não está vedada ao TC a possibilidade de *conhecer* dessa inconstitucionalidade para fundamentar nela a recusa de efeitos repristinatórios”, sendo duvidoso, prossegue o autor, a possibilidade de o Tribunal Constitucional (TC) *conhecer e declarar* a inconstitucionalidade das normas repristinadas, em virtude de sua vinculação ao princípio do pedido.

⁵² Nesse sentido: ADI MC 2132/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, julgado em 1/2/2001, DJ 5/4/2002; ADI 2242/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, julgado em 7/2/2001, DJ 19/12/2001; ADI 2574/AP, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, julgado em 02/10/2002, DJ 29/8/2003.

Por sua vez, Jorge Miranda (*apud* VELOSO, 2003, p. 194) aduz que o princípio do pedido na jurisdição constitucional deve ser compreendido para abranger, além do diploma normativo expressamente especificado, também, implicitamente, as normas revogadas por este revogadas, frente às eventuais conseqüências indesejadas produzidas pela decisão.

Perceba-se que na solução proposta por Gomes Canotilho a questão da inconstitucionalidade da norma revogada não é apreciada como questão principal, mas apenas como fundamento para que seja evitado o efeito repristinatório indesejado. Por outro lado, pode-se dizer que a proposta de Jorge Miranda revela-se mais destemida, tendo em vista que a norma revogada seria apreciada como questão principal, mesmo sem pedido expresso da parte, juntamente com a norma revogadora, podendo ambas serem declaradas inconstitucionais em face do efeito repristinatório indesejado.

Nada obstante a diferença nas soluções propostas, o que se pode colher da doutrina dos mestres portugueses é que o Tribunal Constitucional Português não está impedido de conhecer de eventual ação de controle abstrato no caso em que sua decisão produzir efeitos repristinatórios indesejados sem que haja pedido expressão da parte para evitar tal efeito, podendo o Tribunal restringir os efeitos de sua declaração a fim de que evitar o restabelecimento de tais normas. Tal entendimento encontra base constitucional no art. 282.4 da Constituição de Portugal.

Embora a Constituição Federal de 1988 nada disponha a respeito do tema, entendemos que a jurisprudência do STF pode e deve evoluir no sentido de conhecer da ADI mesmo quando se verificar que ocorrerá tal efeito e não houver impugnação expressa da parte, entendimento que confere mais eficácia ao princípio da supremacia da Constituição e ao controle abstrato de normas.

Nesse sentido, encontra-se na doutrina a opinião de Zeno Veloso (2003, p. 195), o qual entende que se deve prestigiar o princípio da supremacia da Constituição, aduzindo que o STF deve expandir a “declaração de inconstitucionalidade a outras normas, ainda que não mencionadas diretamente no pedido, e desde que haja conexão, correlação, relação de dependência entre os preceitos”. Prossegue o doutrinador:

A fortiori, até em nome do postulado da segurança jurídica – que tem a mesma hierarquia, o mesmo valor que o princípio da legalidade –, deve o STF proclamar a inconstitucionalidade – se for o caso – de norma anterior, que havia sido

revogada pela lei cuja inconstitucionalidade foi reconhecida (2003, p. 195).

Por sua vez, na jurisprudência do STF encontramos vozes que parecem não se amoldar ao precedente que se firmara, mas ao invés, inclina-se no sentido de se conferir uma nova interpretação ao princípio do pedido na fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Nesse sentido, confira-se abaixo trecho do voto Ministro Sepúlveda Pertence proferido no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei 9868/99, ainda pendentes de julgamento final:

No que se refere à norma final do § 2º do art. 11 da Lei 9.868/99 que prevê que a "concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, salvo expressa manifestação em sentido contrário", o Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado. Salientou-se, inicialmente, que a ação direta foi instituída como instrumento de salvaguarda da higidez da ordem jurídica e não para a tutela de pretensões de direito dos sujeitos legitimados para propô-la e que, em razão disso, a recepção do princípio do pedido no processo objetivo da jurisdição constitucional há de ser dimensionada a partir dessa perspectiva institucional do sistema de controle abstrato de normas. Tendo isso em conta, entendeu-se, na linha adotada pela doutrina portuguesa e pequena parte da brasileira, que o Tribunal pode sobrepor apreciar incidentalmente a constitucionalidade da lei precedente à impugnada para, julgando-a igualmente inválida, impedir sua revivescência decorrente da declaração de inconstitucionalidade da que a tenha revogado. Ressaltou-se que a recusa da repristinação se baseará em juízo similar ao da declaração incidente de inconstitucionalidade de norma cuja validade seja prejudicial da decisão principal a tomar, a qual sempre se pode dar de ofício e que nada exclui possa ocorrer no julgamento de uma ADI, onde um mesmo tribunal, como o STF, cumule as funções de órgão exclusivo do controle abstrato com o de órgão de cúpula do sistema difuso. Vencido, nessa parte, o Min. Marco Aurélio que declarava a inconstitucionalidade da expressão impugnada por considerar que a possibilidade de o Tribunal extravasar os limites objetivos da própria ADI, declarando restabelecida ou não a legislação anterior, contrariaria os princípios da segurança jurídica e o de que o Judiciário atua apenas mediante provocação. [ADI 2154/DF e ADI 2258/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14.2.2007. (ADI-2154) (ADI-2258)]⁵³

Perceba-se que a solução proposta pelo Ministro Sepúlveda Pertence fundamenta-se na competência do STF, como órgão de cúpula do sistema difuso de constitucionalidade, em poder examinar *incidenter tantum*, o que pode dar-se mesmo *ex officio*, a inconstitucionalidade da norma que é prejudicial à decisão principal do controle abstrato. Assim, funcionando a norma revogada à semelhança de questão prejudicial, o STF poderá conhecer desta inconstitucionalidade incidentalmente para fundamentar a

⁵³ STF Informativo n.º 456.

recusa do efeito repristinatório. Perceba-se que, em certo sentido, esta solução assemelha-se nos seus efeitos à proposta por Gomes Canotilho acima aludida.

Adotando ponto de vista semelhante, embora o argumento tenha sido utilizado apenas como *obiter dictum*⁵⁴, o Ministro Gilmar Mendes expressou entendimento que também destoa do precedente ora em análise, vejamos:

Ademais, a exigência de impugnação de toda a cadeia normativa supostamente inconstitucional, com o objetivo de se evitar o indesejado efeito repristinatório da legislação anterior eivada dos mesmos vícios, pode até mesmo ser relativizada, tendo em vista que o Tribunal sempre poderá deliberar a respeito da modulação do próprio efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. O art. 27 da Lei 9868/1999, deixa aberta essa possibilidade, e o §2º do art. 11 dessa lei, na hipótese de medida cautelar, permite, forma expressa, que o Tribunal mitigue o efeito repristinatório da decisão.⁵⁵

Como visto, não há obstáculo para que o STF não conheça da ADI nessas situações. Se inicialmente o Supremo afirmava pela necessidade de interposição de outra ADI tendo como objeto a norma que revigorou como consequência de sua decisão em sede de controle, mudando depois esta orientação e evoluindo no sentido do pedido subsidiário na ADI que impugna a norma revogadora,⁵⁶ faz-se necessário que sua jurisprudência evolua ainda mais para estender a declaração de inconstitucionalidade para as normas revogadas inconstitucionais, mesmo quando não haja pedido da parte.

Ademais, faz parte de sua missão constitucional estudar a repercussão de suas decisões tanto em relação aos destinatários das normas, como no tocante ao ordenamento jurídico constitucional o que inclui impedir uma possível eficácia negativa das suas decisões, incluindo uma eficácia repristinatória indesejada.

Como referido pelo Ministro Gilmar Mendes, a superação deste rigorismo processual encontra até mesmo fundamento legal, devendo ser atenuado face às disposições processuais da Lei 9.868/99, art. 11, §2º e art. 27, que permitem ao Tribunal mitigar os efeitos da decisão, inclusive eventuais efeitos repristinatórios. Nesse sentido, Gilmar Mendes entende que a impugnação de toda a cadeia normativa deve ser relativizada frente

⁵⁴ A expressão latina *obiter dictum* consiste naqueles argumentos ditos de passagem na motivação da decisão, mas que não tenham influência relevante e substancial para o deslinde da questão, não tendo força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão (cf. DIDIER JR, 2008, p. 350).

⁵⁵ ADI 3660/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe 8/5/2008.

⁵⁶ Assim noticia Gilmar Mendes no seu voto proferido na ADI nº 2574-1/AP, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, julgado em 2/10/02, DJ 29/8/03.

a tais dispositivos.

No sentido da opinião aqui defendida, afirma Luiz Roberto Barroso (2009, p. 213) que, à vista dos dispositivos que permitem o STF modular o efeito da decisão, já não deve mais subsistir a jurisprudência que se firmara, pela qual se exigia o pedido cumulado de declaração de inconstitucionalidade da lei revogadora e da lei revogada.

Mencione-se, ainda, como solução razoável e que não vai de encontro à jurisprudência do STF sobre a vinculação do princípio do pedido nos termos acima referidos, o entendimento que permite o aditamento ao pedido para que se incluam na petição inicial as normas revogadas indesejadas que poderiam ser restauradas como consequência da decisão.

Aliás, segundo afirma o Ministro Gilmar Mendes na QO-ADI 2982/CE, ficou assentado tal possibilidade, permitindo-se o aditamento ao pedido formulado pelo Procurador-Geral da República nos casos em que se objetiva incluir no pedido normas que fazem parte do mesmo complexo normativo em que estão inseridas as normas objeto do pedido inicial. Em tal hipótese, afirma o Ministro, dispensam-se novas informações dos órgãos e autoridades dos quais emanaram as normas impugnadas e novos pronunciamentos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República.⁵⁷

4.6.4 Efeito repristinatório e inconstitucionalidade superveniente

Vimos que a jurisprudência do STF não admite a tese da inconstitucionalidade superveniente, propugnando o entendimento de que o conflito entre os atos normativos pré-constitucionais e a nova Constituição resolve-se no plano do direito intertemporal, com base no princípio da *lex posterior derogat priori*, não podendo tais normas ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade.⁵⁸

Interessante observar, diga-se de passagem, que se houvesse a adoção da tese da

⁵⁷ Nesse sentido: ADI 3660/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe 8/5/2008.

⁵⁸ Situação enfrentada na ADI MC 3833-8/DF, Rel. originário Min. Carlos Britto, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio, julgada em 19/12/2006, na qual ficou assentado que “a alteração da Carta inviabiliza o controle concentrado de constitucionalidade de norma editada quando em vigor a redação primitiva”.

inconstitucionalidade superveniente no nosso ordenamento, a declaração de inconstitucionalidade de leis pré-constitucionais não acarretaria efeito repristinatório, tendo em vista que a pronúncia da nulidade não alcançaria o ato normativo desde a origem, mas sim desde o momento em que se manifestou a inconstitucionalidade, e, tendo o efeito revogatório operado no início de sua edição, ou seja, quando ainda válida, não poderia, assim, ser desconsiderado (CLÈVE, 2000, p. 257).

A não-adoção da tese da inconstitucionalidade superveniente no nosso ordenamento, como já se destacou no capítulo anterior, ocasiona o surgimento de algumas questões relevantes que envolvem o efeito repristinatório, as quais se passam a analisar.

Como exposto anteriormente, o entendimento do STF exigindo a impugnação de toda a cadeia normativa, inclusive as normas revogadas que seriam ressuscitadas pela eventual declaração de inconstitucionalidade da norma revogadora, combinado com jurisprudência de não se conhecer de normas pré-constitucionais em sede de controle abstrato, pode gerar obstáculos ao exercício da jurisdição constitucional pelo STF.

O tema foi enfrentado em sede de preliminar no julgamento da ADI nº 3660/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/03/2008. O objeto da referida ação direta era uma lei que havia revogado uma lei pré-constitucional, igualmente viciada com o mesmo vício de inconstitucionalidade da lei revogadora e, no caso, objeto do controle.

Na aludida ADI, a parte requerente não fez o pedido sucessivo de inconstitucionalidade, motivo pelo qual, algumas entidades, que ingressaram no feito na qualidade de *amicus curiae*, manifestaram-se pelo não-conhecimento da ação, em virtude da omissão da parte autora, pois, caso procedente sua alegação, haveria o indesejado efeito repristinatório.

Tendo em vista que as normas revogadas eram pré-constitucionais, como solucioná-lo em face da jurisprudência do STF, já estudada, que não conhece de tais normas em sede de controle abstrato?

Na situação exposta, concluiu-se o seguinte: as leis que deveriam ser incluídas no pedido sucessivo de inconstitucionalidade deveriam ser apenas as editadas após a promulgação da Constituição, em face do firme precedente de não conhecer dos atos normativos anteriores à Constituição em sede de ADI. Confirma-se, sobre o assunto, esclarecimento do Procurador-Geral da República:

[...] a ilação a que se chega é de que somente devem fazer parte do pedido de declaração de inconstitucionalidade as leis ou os atos normativos posteriores à

Constituição de 1988. As leis ou os atos normativos anteriores, se parecem do mesmo vício de inconstitucionalidade, são considerados pelo Supremo Tribunal Federal como estando revogados pela nova ordem constitucional.

Dessa forma, o efeito repristinatório das decisões no controle abstrato de constitucionalidade não atinge as normas anteriores à Constituição e com ela incompatíveis. A vigência e a eficácia das normas anteriores à Constituição, não são restauradas pela declaração de inconstitucionalidade das normas posteriores à Constituição de 1988.

Assim, ao formular o pedido inicial na ação direta de inconstitucionalidade, o requerente deve impugnar todo o sistema normativo inconstitucional, incluindo tanto as normas revogadoras como as normas revogadas, porém a cadeia normativa objeto do pedido deve possuir como limite a data da promulgação da Constituição de 1988. Entendimento diverso traria como consequência a impossibilidade prática de impugnação de um elevado número de leis e atos normativos, pois em muitos casos existe revogação expressa de legislação anterior à Constituição de 1988. Isso permitiria a subsistência de normas inconstitucionais no ordenamento jurídico, que não poderiam sofrer a fiscalização da Corte Suprema pelo simples fato de que revogam normas anteriores à Constituição e que padecem do mesmo vício de inconstitucionalidade.

Obviamente, o efeito repristinatório das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato não pode ir tão longe, a ponto de inviabilizar a própria eficácia desse controle. O princípio da supremacia da Constituição e a necessidade de se proteger o ordenamento contra qualquer ato normativo incompatível com a ordem constitucional cobram uma máxima eficácia da fiscalização da constitucionalidade das leis realizadas pela Corte Suprema.⁵⁹

Assim, ficou estabelecido na jurisprudência do STF que, nos casos em que o efeito repristinatório indesejado envolver norma pré-constitucional e a parte omite-se em pedir subsidiariamente sua inconstitucionalidade, a ADI não estará inviabilizada de ser conhecida, haja vista que as normas anteriores à Constituição ficam automaticamente revogadas com o advento da nova ordem constitucional, não podendo ser conhecidas em sede de controle abstrato. Como bem expressou o Procurador-Geral da República, outra não poderia ser a solução, sob pena de não se conferir efetividade adequada à jurisdição constitucional abstrata exercida pelo STF.

Diante das considerações acima, outro questionamento ainda merece ser explicitado: no caso em que a parte requerente impugnou sucessivamente as normas revogadas pré-constitucionais? Como se comportará o STF diante desta situação?

Tal situação foi posta em consideração, embora argumentando apenas como *obiter dictum*, também na ADI acima estudada, pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual dispôs que, nesse caso “poderá o Tribunal conhecer da ação e declarar a inconstitucionalidade das normas posteriores a 5 de outubro de 1988 e, na mesma decisão, declarar a revogação das normas anteriores a essa data”.

⁵⁹ Trecho extraído do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 3660/MG, Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe 8/5/2008.

Assim, caso seja adotada esta tese, o STF estará mitigando o seu entendimento sobre a impossibilidade de se conhecer de normas pré-constitucionais em sede de controle abstrato. Segundo a solução proposta, esclarece o Ministro, conhece-se de tais leis na ADI, face à peculiaridade do caso, não para declarar-lhe a inconstitucionalidade, mas para declarar a revogação.

Aduz ainda Gilmar Mendes, no seu voto proferido na ADI 3660/MG, que o precedente para este entendimento foi aberto no julgamento da ADI-MC nº 3833/DF⁶⁰, que tinha por objeto um Decreto-Legislativo de 2002, que embora editada já na vigência da Constituição de 1988, tornou-se ilegítimo face à edição da EC nº 42/2003. No caso, embora o Tribunal não tenha conhecido da ADI, deixou registrado no dispositivo da ação que a norma impugnada estava revogada pela referida Emenda Constitucional a ela posterior.

Ressalte-se, ainda, que Gilmar Mendes (2009b, p. 207), no seu livro “Controle Concentrado de Constitucionalidade”, inclina-se a favor da possibilidade de que o controle abstrato tenha por objeto também as normas pré-constitucionais, pois tal tese se coaduna melhor com a razoabilidade e com o princípio da segurança jurídica, aduzindo não ser fora de propósito a revisão da jurisprudência do STF nessa matéria.

Em face do exposto, faz-se necessário que o STF abra concessão frente a sua jurisprudência de não conhecer de ação direta ajuizada contra norma pré-constitucional, quando a parte pedir subsidiariamente sua inconstitucionalidade no intuito de evitar possível efeito repristinatório indesejado, interpretação que melhor se coaduna com a necessidade de se garantir a harmonia da ordem jurídica constitucional, conferindo uma máxima efetividade à jurisdição constitucional.

⁶⁰ Rel. originário Min. Carlos Britto, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio, julgada em 19/12/2006.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O efeito repristinatório é uma das conseqüências produzidas pela decisão que declara a inconstitucionalidade das normas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, significando a restauração das normas revogadas pelo diploma normativo objeto, pois este sendo nulo, não poderia produzir o efeito de revogar leis anteriores.

Embora a Constituição não regule expressamente o tema, a doutrina e jurisprudência do STF, desde o regime constitucional anterior, já reconheciam o efeito em estudo como resultado das decisões proferidas na fiscalização abstrata, o qual se manifestava até mesmo na concessão da medida cautelar na ação direta, mesmo revestindo-se, em regra, de eficácia *ex nunc*, pois se evitava, assim, durante a suspensão da eficácia do ato normativo impugnado, o vazio legislativo e insegurança nas relações jurídicas.

De fato, a razão da aplicação deste efeito - tanto na decisão liminar, quanto decisão final de mérito - é evitar o vazio normativo deixado pela norma inconstitucional extirpada no processo de controle abstrato, impedindo que as situações fáticas fiquem sem regulação normativa, fato que geraria insegurança jurídica.

Suprindo a ausência de regulação no nosso ordenamento sobre tal instituto, o qual encontra previsão expressa mesmo outros ordenamentos constitucionais, a Lei 9.868/99 – que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal - expressou que “a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário” (art. 11, § 2º).

Aduziu-se que a finalidade deste dispositivo legal foi menos prevê sobre o efeito repristinatório em si, tendo em vista que nada dispôs sobre o mesmo na decisão final, mas sim regular de forma expressa que a Corte Suprema pode manifestar-se contrariamente à aplicação deste efeito.

Com efeito, a partir da edição da Lei 9.868/99, o STF, com base em previsão legal, pode restringir os efeitos da decisão para evitar a restauração da legislação anterior sempre que tal retorno se mostrar prejudicial à segurança jurídica, sendo que o fundamento

legal para tal limitação na medida cautelar encontra-se no dispositivo do art. 11, 2º e da decisão final de mérito no art. 27, o qual permite a limitação dos efeitos da decisão por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Mencionou-se também que se torna necessário a mitigação ou mesmo a superação de alguns precedentes do STF, em certas situações que envolvem o efeito repristinatório, para que se conceda uma maior eficácia ao princípio da supremacia da Constituição e à fiscalização abstrata das normas pela Corte Suprema.

Por fim, conclui-se que a aplicação ou não do efeito repristinatório pelo STF repousa em motivos de segurança jurídica. Utilizando-se da técnica da ponderação entre princípios constitucionais, como princípio da nulidade da norma inconstitucional, da segurança jurídica, da proteção da confiança, na situação que se lhe apresenta, poderá restaurar ou não, a vigência da legislação anterior revogada pelo diploma normativo impugnado, e, desde que assim se proceda, a solução será consentânea com o princípio da supremacia da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, Jorge Souto Maior. Prefácio. In: ÁVILA, Humberto Bergman. **Sistema Constitucional Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 15/05/2010.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 07 de Set.2009.

_____. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Rio de Janeiro/RJ, RJ, 9/9/1942.

_____. Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o Processo e Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília/DF, 1/11/1999.

_____. Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal.** Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília/DF, 6/12/1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** Gonçalves, Aroldo Plínio trad. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2. 2 ed. rev. atual e ampl. Bahia: 2008.

DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais.** 4. ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção.** São Paulo: Malheiros, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 10. ed., adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas S.A, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** Oliveira, Hiltomar Martins trad. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **A Supremacia Constitucional como Garantia do Contribuinte**. Disponível em <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 25/05/2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. vol. 2. 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009a.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Caderno de Direito Constitucional. Módulo V. Controle de Constitucionalidade**. TRF4, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II, 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra editora, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTIAGO, Marta Cristina Jesus. **A Harmonia do Controle de constitucionalidade misto português**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-14-ABRIL-2008-ARTA%20SANTIAGO.PDF>>. Acesso em 10/06/2010.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. 2. tir., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.