

CONIC-SEMESP 13º Congresso Nacional de Iniciação Científica

Anais do Conic-Semesp. Volume 1, 2013 - Faculdade Anhanguera de Campinas - Unidade 3. ISSN 2357-8904

TÍTULO: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - TEORIA DA NULIDADE E TEORIA DA ANULABILIDADE

CATEGORIA: CONCLUÍDO

ÁREA: CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

SUBÁREA: DIREITO

INSTITUIÇÃO: FACULDADE INTEGRADA METROPOLITANA DE CAMPINAS

AUTOR(ES): CAROLINA BARBOSA MARQUES

ORIENTADOR(ES): ARMANDO ZANIN NETO

Realização:



Apoio:



Resumo

O presente trabalho trata sobre as teorias da Nulidade, com origem dos Estados Unidos e baseada no julgamento do caso de *Marbury versus Madison* em 1803 e da Teoria da Anulabilidade, modelo austríaco respaldado na doutrina de Hans Kelsen em 1920.

Introdução

O Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição, proveniente da vontade popular e que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos dele provenientes. Considerando que a Constituição é a lei suprema dentro de um sistema jurídico, torna-se indispensável assegurar sua supremacia em face da legislação infraconstitucional, havendo a necessidade de criação de um mecanismo para verificação da compatibilidade de tais normas com a Carta Magna. Nesse contexto, surge o Controle de Constitucionalidade, que, no presente estudo, será analisado quanto a sua forma repressiva (realizado pelo poder judiciário em âmbito nacional), que, no Brasil é misto, podendo ser exercido nas formas concentrada e difusa.

Objetivos

Pretende-se neste trabalho expor as Teorias da Nulidade e da Anulabilidade de maneira didática, tratando sobre Controle de Constitucionalidade, de maneira história com análise de contexto político e jurídico da época; propiciando reflexões sobre seus efeitos e possíveis influências na construção do Direito Brasileiro. Se faz também necessário analisar e questionar a constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, que introduziu a possibilidade do Supremo Tribunal Federal limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, inovando na modulação de seus efeitos.

Metodologia

Utilizou-se neste trabalho A exploração de fontes bibliográficas; elaboração de fichas de estudo, contendo os tópicos mais relevantes do material consultado e conferência de sua confiabilidade, formação de conclusão obtida a partir da análise dos dados e informações encontradas. Sucintamente, utilizou-se de método monográfico, observacional, dedutivo, histórico e hipotético-dedutivo.

Teoria da Anulabilidade – Modelo Austríaco de Hans Kelsen 1920

O modelo austríaco teve respaldo na doutrina Kelseniana. Em 1920, a Constituição Austríaca criou um tribunal especializado para tratar da Justiça Constitucional. O Supremo Tribunal Constitucional Austríaco, diferentemente do norte-americano, trata, genericamente, da anulação das normas que possuem incompatibilidade com o texto constitucional.

Teoria da Nulidade - Estados Unidos, Caso *Marbury versus Madison*

A Suprema Corte dos Estados Unidos é responsável pelo desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade das leis. A criação do "*judicial review*" iniciou-se no famoso julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1803). Em 1801, um membro do partido federalista chamado *William Marbury* foi nomeado para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia. *Marbury*, assim como vários outros federalistas, foram nomeados para importantes cargos governamentais criados pelo Congresso norte-americano nos últimos dias da presidência de *John Adams*.

Tais juízes nomeados no apagar das luzes do governo de *John Adams* ficaram conhecidos como "*Midnight Judges*". A grande questão que chegou ao conhecimento da Suprema Corte dos Estados Unidos era se a nomeação de *Marbury* poderia ser mantida. O juiz *Marshall* da Suprema Corte proferiu o entendimento da corte, ao estabelecer que, em última análise, a Constituição dos Estados Unidos era a lei fundamental e universal da nação e que todos os atos contrários aos princípios e ao texto constitucional deveriam ser evitados.

Dessa forma, *Marshall* concluiu que quando uma lei estadual ou um ato governamental entra em conflito com a Constituição Federal, a lei maior da nação, o ato, em questão, é inválido, por ser inconstitucional. Esse caso histórico estabeleceu o poder de revisão judicial dos atos do poder legislativo e do poder executivo, quando contrários à Constituição, criando-se aquilo que foi chamado de "*judicial review*" no direito norte-americano. Após a decisão no caso *Marbury v. Madison* (1803), o sistema de controle de constitucionalidade dos Estados Unidos passou a ser entendido como um sistema difuso.

Teoria da Nulidade

A teoria da nulidade assevera que o ato normativo inconstitucional tem sua validade abalada *ab initio*, sendo ato que já nasceu viciado e, portanto, insuscetível

de gerar qualquer efeito válido, sendo que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter meramente declaratório, certificando a incompatibilidade vertical entre o ato fiscalizado e a Constituição e, por corolário, gerando efeitos *ex tunc* (efeitos retroativos). De acordo com essa teoria, a decisão de inconstitucionalidade do ato normativo interfere no plano de validade do mesmo, retirando desse qualquer força vinculativa exercida sobre as condutas que tinha por objeto regulamentar, eis que sua antijuridicidade constitucional se verifica desde seu surgimento (nulidade *ab origine*).

Teoria da Anulabilidade

Para essa teoria, o ato normativo é provisoriamente válido e produz efeitos vinculantes aos seus destinatários até que seja proferida decisão reconhecendo sua inconstitucionalidade. Portanto, a norma inconstitucional é anulável, convalidando-se de forma válida os efeitos normativos produzidos até a decisão que declara sua inconstitucionalidade, pelo que, aludida decisão tem caráter desconstitutivo (ou constitutivo-negativo). gerando efeitos *ex nunc*.

Controle de Constitucionalidade

O Controle de Constitucionalidade representa um instrumento de verificação de compatibilidade da legislação infraconstitucional com a Constituição Federal. Nesse sentido, o referido controle tem como fim principal assegurar a supremacia da Constituição em determinado ordenamento jurídico, ou seja, assegurar que todo o ordenamento esteja em conformidade com ela, respeitando-a e observando todos os seus princípios e preceitos.

Assim, justamente para evitar a desestruturação do Estado, é que os ordenamentos preveem o controle de constitucionalidade. Este instrumento tem por fim evitar a quebra da harmonia do sistema jurídico de um Estado (atuando de forma preventiva) ou seu restabelecimento (atuando de forma repressiva).

Os ordenamentos constitucionais em geral estabelecem dois modelos distintos de controle judicial de constitucionalidade, que são o sistema americano ou jurisdição constitucional difusa, criação dos Estados Unidos, e o modelo austríaco ou jurisdição concentrada, influenciado por Hans Kelsen.

No controle difuso a competência para fiscalizar a validade das leis é outorgada a todos os componentes do Poder Judiciário. Já no controle concentrado

a competência para realizar o controle de constitucionalidade é outorgada a um órgão, estando concentrada em uma corte especial que detém competência exclusiva para a declaração de inconstitucionalidade da norma.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade adotado é denominado pela doutrina de controle misto, tendo em vista que nossa Constituição e a legislação admitem tanto o controle realizado de forma concentrada quanto o controle realizado de forma difusa.

Sistema Concentrado de Controle de Constitucionalidade (Sistema Austríaco-Europeu)

O controle concentrado ou abstrato tem como finalidade a defesa do ordenamento constitucional contra as leis com ele incompatíveis. Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando à garantia da segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

Nesse modelo de controle, para a instauração do processo, é, em regra, dispensável a demonstração de um interesse jurídico específico para agir, pois se visa a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem atenção a quaisquer situações jurídicas de caráter individual ou concreto. Dessa forma, a declaração da inconstitucionalidade é o objeto principal da ação.

Sistema Difuso de Controle de Constitucionalidade (Sistema Americano)

Este sistema é também conhecido como controle aberto, por via incidental, por via de exceção ou de defesa. Nesse caso, a questão principal a ser decidida é o reconhecimento ou proteção de um direito alegado, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade não é objeto da lide, mas questão prejudicial, premissa lógica da conclusão da solução do problema principal. O juiz não decide sobre a questão constitucional como objeto principal do processo, razão pela qual a inconstitucionalidade não figura no dispositivo da sentença. Outorga-se, portanto, ao litigante, o direito de obter uma declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato normativo, elaborados em desacordo com a Constituição.

Então, sendo arguida a inconstitucionalidade da norma, o juiz, para reconhecer ou negar o direito do autor, vê-se obrigado a examinar a questão de constitucionalidade suscitada. Por isso se diz que no controle difuso o objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas sim uma relação jurídica concreta qualquer.

Efeitos do Controle de Constitucionalidade

O ordenamento brasileiro adotou a tese da nulidade da norma inconstitucional, fazendo com a decisão que pronuncie a inconstitucionalidade em sede de controle concentrado tenha natureza declaratória, sendo a norma considerada nula desde a sua entrada em vigor em razão de sua incompatibilidade com a constituição federal (seja incompatibilidade material ou formal). Os efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade de uma norma vão variar conforme se trate de decisão proferida em sede de controle concentrado ou difuso.

Teoria da Nulidade e da Anulabilidade dos Atos Declarados Inconstitucionais

A maioria da doutrina brasileira – inclusive o Supremo Tribunal Federal – admite a caracterização da teoria da nulidade ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

A decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, limitando-se admitir defeito já existente, sendo dotada de efeitos retroativos e, portanto, atingindo atos anteriores ao reconhecimento da inconstitucionalidade. No sentido contrário a esse entendimento, destaca-se a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional. Neste sistema, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, esta não seria inconstitucional desde sua origem, como no controle de constitucionalidade norte-americano, mas meramente anulável, tendo plena vigência e validade até o momento em que sua inconstitucionalidade é pronunciada por um órgão competente.

Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica versa principalmente sobre a estabilidade dos atos jurídicos realizados, situações jurídicas consolidadas e os direitos já incorporados ao patrimônio do cidadão, sustentando a estabilidade social frente às constantes alterações efetuadas no direito. A garantia de seguridade num ato

determinado juridicamente permite que se estabeleça um Estado uniforme e sustentável do ponto de vista jurídico.

Seguindo esse princípio, surgiria a necessidade de mitigação dos efeitos da decisão no controle concentrado (art. 27, Lei 9868/99), visto que importa em grande benefício para a estabilidade dos atos praticados. Este princípio aponta basicamente para a proibição de leis retroativas; a inalterabilidade do caso julgado e para a tendencial irrevogabilidade de atos administrativos constitutivos de direitos”.

Princípio do Excepcional Interesse Social

É o princípio que impera no Estado Democrático de Direito, garantindo a prestação máxima do Estado no sentido de proporcionar o bem comum, conferindo a satisfação da coletividade enquanto esta representar a maioria.

Considerando o contexto do artigo 27 da Lei 9868/99, o princípio do excepcional interesse social é aquele que ao se deparar com decisões complexas, acerca de casos que envolvam o próprio Estado, o judiciário pondera o conflito de interesses, de forma que, ao versar sobre inconstitucionalidade, em certos casos não se pode aplicar o efeito da decisão costumeiro, mas sim aquele reserva, que não implica em prejuízo aos atos praticados por tais entes com base naquela legislação presumidamente constitucional. Ambos os princípios da segurança jurídica e excepcional interesse social caminham juntos e completam-se, colaborando no momento da decisão.

Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, que vem sendo utilizado como um eficiente instrumento de solução de conflitos, especialmente em relação aos princípios, quando funciona como uma diretriz a ser observada pelo intérprete, quando se está a ponderar sobre conflitos constitucionais. Porém, recebe críticas em decorrência da liberdade que concede aos magistrados para decidirem conflitos. A doutrina brasileira é uníssona ao atribuir ao princípio da proporcionalidade três elementos essenciais que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*, destacando que não basta o atendimento de um elemento apenas, mas tão somente a conjunção de todos.

O princípio da proporcionalidade é de suma importância e utilidade para a modulação das decisões no controle difuso de constitucionalidade, pois diante da

presunção de existência do excepcional interesse social, jurídico, político e econômico, bem como da transcendência da questão posta em juízo, caberá aos Ministros tão somente ponderar sobre a necessidade ou não de mitigar os efeitos, em regra retroativos, da decisão judicial.

Questionamento da Constitucionalidade do Artigo 27 da Lei 9.868/99

O artigo 27 da Lei 9.868/99 vem, desde sua estrada em vigor, gerando questionamentos e controvérsias no meio jurídico. Há doutrinadores que defendem a tese de inconstitucionalidade do dispositivo, sob o fundamento de que o tema constitui verdadeira inovação em matéria constitucional, por relativizar o princípio implícito da nulidade do ato inconstitucional, partindo do pressuposto de que o tema não poderia ser regulado por lei ordinária, tendo em vista seu caráter materialmente constitucional.

Apesar da relevância das alegações pela inconstitucionalidade do artigo 27, tem-se concluído pela sua constitucionalidade. Antes mesmo da publicação da Lei 9.868/99, o assunto já vinha sendo amplamente debatido dentro do STF, sendo a modulação admitida com origem nos preceitos fundamentais reguladores da supremacia da constituição e do controle de constitucionalidade, sendo prescindível a previsão em lei infraconstitucional.

Resultados

Preliminarmente, em toda ordem jurídica é perceptível a existência de uma escala de valor em relação às normas que a compõem, de maneira que elas se organizam, em geral, através da instituição de normas de maior valor, ou superiores e normas de menor valor, ou inferiores, sendo que quando estas manifestam uma relação de inadequação para com aquelas é objeto de uma sanção.

Quando se adota um comportamento incompatível com as normas constitucionais, dá-se a inconstitucionalidade. É possível se identificar a existência de dois tipos predominantes de sanções aplicáveis às leis declaradas inconstitucionais nos Estados constitucionais contemporâneos: uma é a nulidade e outra é a anulabilidade da lei inconstitucional.

A nulidade das leis inconstitucionais é uma criação do direito constitucional norte-americano e se assenta na supremacia absoluta da constituição e na competência atribuída a todos os órgãos jurisdicionais do Estado de deixarem de

aplicar a lei que entendam inconstitucionais. Já a anulabilidade das leis inconstitucionais pressupõe que se uma lei gerou efeitos no mundo jurídico é porque é válida, o que não impede a possibilidade de se constatar que sua elaboração ou seu conteúdo são contrários à constituição.

A adoção de uma ou outra alternativa sancionatória depende da maneira como a ordem constitucional trata a matéria, não somente por meio das normas afetas ao controle de constitucionalidade mas também por meio de outros princípios e regras com incidência sobre o tema.

Considerações Finais

Conclui-se preliminarmente, portanto, que ao se declarar a incompatibilidade de uma norma com relação à Constituição, a maioria da doutrina brasileira acatou a Teoria da Nulidade que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afeta o plano de validade da norma, por influência do direito norte-americano. Assim, o ato legislativo, uma vez declarado incompatível com a norma constitucional, não deve ser anulado, mas apenas ter declarada a sua nulidade (preexistente). Sendo o ato nulo, os efeitos da nulidade são *ex tunc*, com a invalidade *ab initio* da norma, pois sequer entrou no plano de eficácia, sendo o vício aferido já no plano de validade.

Em entendimento contrário, destaca-se a Teoria da Anulabilidade da Norma Inconstitucional, de Hans Kelsen, que influenciou a Corte Constitucional Austríaca. Nesse sistema não se declara a nulidade da norma, mas cassa-se a lei incompatível, com uma decisão constitutiva, já no plano de eficácia, com efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, observando-se que até a decisão, a lei continua plena e eficaz.

No Brasil, a regra geral adotada da Teoria da Nulidade absoluta vem sendo afastada pela jurisprudência e repensada pela doutrina, em vista do princípio da supremacia da Constituição em consonância com os princípios, da mesma hierarquia, da segurança jurídica e da boa-fé. O reconhecimento implícito da constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99, que previu a possibilidade de restrição dos efeitos da nulidade da lei inconstitucional, impediu debate amplo da questão. Afinal, a dualidade de sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil não torna tão explícito o poder de o STF de flexibilizar, em abstrato, o postulado da nulidade da lei inconstitucional.

Na medida em que o STF for aplicando o art. 27 da Lei 9.868/99 ou o art. 11 da Lei 9.882/99, de igual conteúdo, formar-se-á uma pauta de valoração acerca das razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social a justificar a restrição dos efeitos, a qual poderá ser criticada e, assim, poderão os juristas confirmar ou rejeitar a justiciabilidade das modulações operadas pelo Supremo Tribunal Federal.

À vista do exposto conclui-se que o controle de constitucionalidade tem por objetivo proteger a Constituição, na medida em que visa a retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo a ela contrário, resguardando a harmonia do sistema, bem como os direitos fundamentais.

Embora a maioria da doutrina brasileira – inclusive o Supremo Tribunal Federal – determine a caracterização da teoria da nulidade ao se declarar a inconstitucionalidade, estabelecendo efeitos *ex tunc* às decisões em sede de controle concentrado, vem sendo admitida a chamada modulação de efeitos temporais das decisões em controle de constitucionalidade. Nesse sentido, em face de situações excepcionais, em que haja conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica e interesse social, mediante cuidadosa ponderação, declara-se prospectivamente a inconstitucionalidade da lei, evitando-se, assim, que a declaração de sua nulidade provoque efeitos mais danosos à ordem social do que a própria manutenção da inconstitucionalidade.

Mesmo tendo essa técnica sido prevista apenas para controle de constitucionalidade concentrado, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a modulação de efeitos no controle difuso, com base nos mesmos fundamentos de excepcional interesse público e necessidade de se garantir a segurança jurídica.

Por meio deste estudo, verifica-se a necessidade de se modular os efeitos temporais das decisões do controle difuso de constitucionalidade, porém, ainda se questiona a aplicação das diretrizes previstas no artigo 27 da Lei 9.868/99 para âmbito difuso do controle constitucional, ou se seria mais adequado o uso do princípio da proporcionalidade, conforme as próprias exigências do caso concreto.

Todavia, em um ponto as diferentes correntes convergem: quanto à necessidade de se realizar a modulação de forma ponderada e apenas em casos excepcionais.

Fontes Consultadas

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

DOUGLAS, William; MOTTA, Sylvio. *Controle de Constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: análise detida das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99*. 2. ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2007.

MOREIRA, José Carlos Alves. *Controle de Constitucionalidade Difuso e Concentrado*. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público*, 2008.

RODRIGUES, Francisca Iara de França. *Modulação dos efeitos temporais na decisão declaratória de inconstitucionalidade: previsão do art.27 da Lei n. 9.868/99*. Monografia – UFC. Ceará: Fortaleza, 2007

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 12.^a ed. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 21.^a ed. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 359p.

NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 539p.