

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM A PRONÚNCIA DE NULIDADE COMO MEIO DE GARANTIR A SEGURANÇA JURÍDICA FUNDAMENTO NA ADI Nº 2.240/BA DO STF

THE DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY WITHOUT THE PRONUNCIATION OF NULITY AS A WAY TO ENSURE THE APPLICABILITY OF LEGAL CERTAINTY REASONED ON CASE Nº 2.240/BA BY STF

Bruna Medeiros Valente de Lima

Resumo

O presente artigo foi dividido em três capítulos a fim de viabilizar o entendimento da matéria de maneira ampla e satisfatória, qual seja, a utilização da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade como meio de garantir a efetividade da segurança jurídica. Inicialmente, foi feita uma abordagem sobre temas do direito constitucional com o objetivo de um entendimento geral do controle de constitucionalidade, haja vista serem tais assuntos os que se referem à declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Após, foi explicada a diferença entre princípio e regra e realizada uma ponderação entre a legalidade e a segurança jurídica, a fim de desvendar qual seria o mais importante a ser aplicado na presente hipótese. Por derradeiro, foi explicado o que seria a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, trazendo como exemplo a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.240, e quais pontos positivos a modulação de efeitos nessa ADI ocasionou.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade, Pronúncia, Nulidade, Segurança jurídica, Modulação de efeitos

Abstract/Resumen/Résumé

The current work was divided in three chapters in way to enable the knowledge of the subject, which is the existence of the declaration of unconstitutionality without pronounce of the nullity as a way to guarantee the legal certainty principle. For start, it was made approach on themes of constitutional law because these subjects are essential to understand the declaration of unconstitutionality without pronounce of the nullity. After that, it was explained the difference between principle and rule, and also made a balance between the legal certainty principle and the legality principle, in way to discover the most important to be apply on the present case. At the end, it was explained what is the declaration of unconstitutionality without pronounce of the nullity, studied over the case nº 2.240/STF and which benefits this declaration brings to the society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Unconstitutionality, Pronounce, Nullity, Legal certainty

INTRODUÇÃO

O direito constitucional é o ramo do direito que serve como base para todas as outras áreas jurídicas, haja vista ser ele o centro de formação de uma sociedade; É a constituição que define os valores mais importantes a serem seguidos pelo Estado e pelos seus cidadãos.

Para que a Constituição seja efetiva, é necessário que ela esteja de acordo com a realidade, funcionando como modelo ideal, porém alcançável, de uma sociedade justa e fraterna.

Não obstante, é utópico pensar que o legislador é capaz de abranger todas as hipóteses fáticas capazes de ocorrer na vida das pessoas e que tenham repercussão social, ou seja, por mais perfeição que se atinja em uma constituição, por mais que se criem normas, estas não serão suficientes para envolver todos os casos passíveis de legislação. E é neste ponto que o estudo desse trabalho possui seu foco principal: Quando a lei existente não é satisfatória para a resolução de um caso concreto, o que se deve fazer? Melhor ainda, o que fazer quando a legislação existente não se traduz na melhor solução para o caso concreto?

O que acontece quando a norma encontrada na Constituição atrasa o avanço da sociedade? O que deve preponderar? O princípio da legalidade, que diz que todos devem seguir a lei, sem distinções, ou o princípio da segurança jurídica, que protege as situações extraordinárias, quando diz que a legislação serve para os cidadãos se sentirem amparados, dentro de suas especialidades?

É sobre tal tema crítico que o estudo se debruça. Quando um caso inconstitucional não deve ser anulado pelo sistema jurídico, o legislador deve ponderar a inconstitucionalidade e pensar na melhor resolução para o caso concreto ou exigir que a lei seja aplicada, mesmo que esta não seja benéfica para a situação?

O pensamento de que a sociedade deve se adequar à lei em qualquer hipótese é ultrapassado e retrógrado, visto que o mais importante é a lei adequar-se à sociedade na qual está inserida.

Exemplificando a tese defendida no trabalho, foi utilizada a ADI n° 2.240/BA, que tentou declarar inconstitucional a criação do município Luis Eduardo Magalhães, na Bahia, por vícios formais na sua criação. Ocorre que, quando tais vícios foram percebidos, a cidade já estava desenvolvida, a ponto de não ser razoável que esta voltasse ao status “quo ante”, ou seja, não seria razoável o desfazimento da cidade, só pelo fato desta ter sido criada inconstitucionalmente em seus aspectos formais.

No caso utilizado para explicar a tese, a instituição do município foi declarado inconstitucional, mas sem a pronúncia de sua nulidade, ou seja, a inconstitucionalidade foi reconhecida, como de fato ocorreu, porém, pelo princípio da segurança jurídica, não seria plausível que tal município fosse desfeito, haja vista esta decisão acarretar prejuízos à população, que precisa encontrar segurança no sistema jurídico. Em consequência, o Supremo Tribunal Federal dá um prazo para o legislador legalizar a situação e, assim, não amparar o inconstitucionalismo.

Além de defender a existência da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade como sendo um método eficaz de garantir a justiça, este trabalho temo condão de defender a tese de que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é um caminho hábil que deve ser seguido, a fim de evitar danos para a sociedade, quando a norma existente não atinge a finalidade almejada por todas as leis, que é o bem-estar social.

A divergência existente no que concerne ao tema estudado recai na preponderância da segurança jurídica em detrimento da legalidade. Defendendo a posição adotada neste trabalho, temos a posição do ministro Gilmar Mendes, quando declara que a nulidade de uma lei inconstitucional poderá, dependendo do caso, causar uma verdadeira catástrofe.

Todo o estudo é voltado para a defesa de que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é meio apto para o alcance da segurança jurídica, que deverá preponderar, neste caso específico, em detrimento da legalidade, tendo em vista ser mais importante a resolução do conflito de forma coesa, visando ao bem-estar social, do que a pura e estreita aplicação da lei, afinal, para toda regra há uma exceção e é sobre tal exceção que este trabalho tratará.

Para tanto, a doutrina pátria foi a principal fonte de pesquisa, além da análise da legislação vigente sobre o tema.

1. Explicações essenciais sobre o sistema constitucional brasileiro

1.1. *A importância da Constituição*

A Constituição tem por escopo basilar representar a sociedade e, por tal motivo, deve discorrer sobre os pontos mais importantes da formação do Estado, ou seja, a constituição é a materialização do Estado e este só existe a partir da sua Constituição.

Ferdinand Lassalle¹ leciona sobre a essência da constituição, explicando que esta precisa ter uma identidade entre forma e conteúdo para ser efetiva, ou seja, a constituição precisa representar a realidade vivida pela sociedade para ter efetividade, ou se tornará apenas uma folha de papel. Ele explica que os fatores reais de poder devem ser registrados em uma folha de papel para se tornarem instituições jurídicas efetivas, devendo ser castigados quem descumprirem as regras contidas em tal papel, haja vista não servir a folha de papel que contém normas que não se aplicam à realidade, que estão desajustadas, pois não terão aplicabilidade.

Com a finalidade de entender a Constituição, é necessário que se aprenda como interpretá-la, já que esta não ocorre de forma simples ou literal.

1.2. *A interpretação constitucional*

Para entender a importância da Constituição, necessário se faz um estudo sobre como interpretá-la. Seu valor é imensurável para a formação de uma sociedade, pois as leis infraconstitucionais devem ter por base e seguirem o que dita a Constituição Federal, daí a importância da Carta Magna. Para que seja garantida essa força normativa, é preciso que haja o controle de constitucionalidade com o objetivo de excluir as legislações que contrariem a Constituição. Este tópico será tratado posteriormente.

Barroso explica que a interpretação constitucional é uma espécie de interpretação jurídica, sendo aquela compreendida por um conjunto de particularidades que a singularizam no universo da interpretação jurídica. Comenta, ainda, o significado desta, qual seja:

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade.²

¹ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2008, p. 37.

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269 e 271.

Isto é, para o autor, a interpretação constitucional se traduz na atividade de atribuir sentido à norma, que deve ser diferenciada pela seu status de superioridade em relação às demais normas. Corroborando nesse sentido, explica José Afonso:

Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.³

Baseado no explanado acima, conclui-se que a Constituição tem a atribuição de nortear todas as outras normas existentes do sistema jurídico, sendo ela a peça mais importante na construção de uma sociedade.

Ainda sobre a interpretação jurídica, Kelsen faz uma ligação entre a interpretação jurídica e a moldura de um quadro, explicando que essa interpretação deve se ater às molduras desse quadro, ou seja, não pode ultrapassar os limites da razoabilidade do texto. Ele afirma que “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”.⁴

Também Adeodato trata sobre o tema, alegando que “ao decidir, o Judiciário lança mão de critérios, fornecidos não apenas pelas fontes do direito, mas também pelas inclinações pessoais de cada juiz”.⁵

Percebe-se, deste modo, que a interpretação pode ter várias ramificações, ou seja, um mesmo texto pode ser interpretado de inúmeras maneiras, o que abre margem para a interpretação parcial do aplicador de Direito que, inclusive, segundo Kelsen, sempre vai procurar exercer influência sobre a criação do Direito, realizando um função jurídico-política ao invés de jurídico-científica.⁶

Ratificando tal ideia, dizia Platão que “deviam ainda aplicar a justiça com moderação sobre aqueles que são regidos por eles e que por natureza são seus amigos, e de tratar com aspereza os inimigos a defrontar no campo de batalha”⁷, quer dizer, aplicando tal ensinamento à presente temática, têm-se a possibilidade de interpretar

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46.

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390.

⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: Para uma teoria da Dogmática Jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 311.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 396.

⁷ PLATÃO. **Timeu-Crítias**. Tradução: Rodolfo Lopes. Coimbra: Editora Cech, 2011, p. 73.

determinada lei de forma a beneficiar alguém que lhe seja próximo e seguir o caminho contrário com quem não se tenha afinidade.

Destarte, os métodos de interpretação são utilizados com a pretensão de reduzir as divergências e unificar os entendimentos. Devido à complexidade de uma Constituição, exemplar seria a junção de todos os métodos de interpretá-la para facilitar sua compreensão. Mas, quais seriam esses métodos? Com base na doutrina de Canotilho⁸, tradicionalmente é possível dividir os métodos de interpretação em:

- a) Jurídico ou hermenêutico-clássico: busca compreender a norma através dos métodos clássicos de interpretação, quais sejam, gramático, sistemático, histórico e teleológico;
- b) Tópico-problemático: segue a premissa de que a interpretação deve se dar a partir do problema para a norma, o que, segundo Canotilho, conduziria o direito a um casuísmo sem limites;
- c) Hermenêutico-concretizador: defende que deve haver uma pré-compreensão do sentido da norma para a sua aplicação no caso concreto, que será feita pelo juiz, com base em uma consciência derivada de um sentimento geral e comum do que é justo, e não apenas de sua própria consciência;
- d) Científico-espiritual: afirma que a interpretação deve ser feita tendo a Constituição como uma ordem de valores, levando em consideração o sistema de valores inserido no texto constitucional;
- e) Normativo-estruturante: diz que deve ser levada em conta a relação existente entre o texto e realidade, considerando os fatos que as normas objetivam regular.

Como visto, vários são os métodos de interpretação da Constituição, contudo, não é objetivo desse estudo analisar as fundo todos os métodos de interpretação nem tampouco suas nuances, haja vista a vastidão do tema, motivo pelo qual não trataremos das polêmicas e controvérsias acerca da interpretação constitucional. Ao invés, tendo em mente o valor da Constituição e sua supremacia em relação às demais normas, analisar-se-á o controle realizado com o objetivo de sanar as inconstitucionalidades.

1.3. Entendendo o controle constitucional

Para assegurar o poder da Constituição é necessário que haja um controle das leis infraconstitucionais, ou a força dada a Constituição não teria fundamento.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 212 ss.

O controle de constitucionalidade tem por objetivo não permitir que nenhuma lei inferior entre em conflito com a Carta Magna ou, caso seja encontrada alguma norma inconstitucional em vigência, que esta seja retirada imediatamente do ordenamento. Trata-se, portanto, de uma proteção à Constituição, pela sua supremacia. Luiz Araújo⁹ explica que o controle tem como finalidade a instituição de barreiras à introdução de normas inconstitucionais no cenário jurídico, bem como, caso essas barreiras sejam ineficazes, o reconhecimento da inexistência da norma inconstitucional no sistema para que, assim, ocorra sua retirada.

Ratificando tal ideia, Dirley da Cunha afirma que o controle de constitucionalidade, além de assegurar a superioridade e força normativa da Constituição, como forma de sempre manter a prevalência das normas constitucionais, também é um meio relevante de conter os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo os direitos fundamentais,¹⁰ ou seja, o controle não tem somente o objetivo de garantir seu poder em relação às demais leis, mas também serve para reprimir a suposta violência causada contra os princípios contidos na Constituição.

Com isso, percebemos que o controle constitucional possui duas finalidades, quais sejam, a de garantir a supremacia da constituição e a de proteger a sociedade contra os supostos excessos que poderiam ser causados, caso não fosse importante a obediência à Carta Magna.

Para que exista esse controle, é fundamental que a Constituição seja rígida e suprema, o que ocorre no direito pátrio, pois o processo de alteração legislativa constitucional é diferenciado e ela está em um patamar acima das demais leis.

Outro requisito fundamental para a existência do controle de constitucionalidade é a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade, ou seja, a própria constituição deve prever qual órgão realizará tal controle. Esse órgão, geralmente, é o Poder Judiciário, não sendo vedado, todavia, que este controle seja feito excepcionalmente pelos poderes legislativo e judiciário.

Interessante destacar que, através de pesquisa histórica acerca do tema, descobriu-se que o controle de constitucionalidade teve origem na civilização ateniense. Em tal época, existiam as leis *nomói* e as *pséfisma*, sendo as primeiras a representação das leis constitucionais e as derradeiras das leis ordinárias, necessitando estarem de

⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David de e Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. 2^a ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 256.

acordo com aquelas, ou seja, se as leis *pséfisma* estivessem conflitando com as leis *nomói*, estas prevaleceriam, dada sua superioridade.¹¹

Depreende-se, portanto, que a Constituição cria uma relação de superioridade com as demais normas do ordenamento jurídico. Outrossim, as leis infraconstitucionais devem obedecer a dois parâmetros: o formal, em que as leis infraconstitucionais devem ser criadas mediante os trâmites elencados pela constituição, processo legislativo, e o material, em que o conteúdo da norma infra-ordenada não pode ser antagônico ao da constituição.¹²

Concluída a introdução sobre a necessidade e importância do controle constitucional, abordar-se-á a seguir como é realizado este controle e suas possibilidades.

1.3.1. Tipos de controle constitucional

Segundo José Afonso “o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”.¹³

Com isso, conclui-se que todas as leis devem estar conforme os preceitos da Constituição Federal. Para tanto, é necessário que se faça um controle dessas leis para que estejam efetivamente de acordo com a CF. São os chamados métodos de controle constitucional.

Desde a Constituição de 1891, no Brasil adotavam-se métodos de controle constitucional. Tais técnicas foram aperfeiçoadas com o passar do tempo e na Constituição de 1988, vigente até os dias atuais, encontramos dois tipos de controle, quais sejam, o difuso-incidental e concentrado-principal.

Acerca dos tipos de controle constitucional, Dirley explica que o controle difuso-incidental é aquele que todo juiz ou tribunal pode exercer, atuando mediante um caso concreto de ofensa à CF, por via de exceção ou defesa; já pelo método concentrado-principal, somente o Supremo Tribunal Federal (ofensa à CF) e Tribunais de Justiça (ofensa à CE) podem exercer, mediante um caso em abstrato, por via de Ação

¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 260.

¹² ARAÚJO, Luiz Alberto David de e Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46.

direta de inconstitucionalidade por ação, por omissão ou interventiva, Ação declaratória de constitucionalidade ou Arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹⁴

Percebe-se, assim, que o controle difuso ocorre com efeito entre as partes, ou seja, o efeito é restrito àqueles que participaram da respectiva ação judicial, já que atua em uma situação concreta, enquanto o controle concentrado se traduz na observância de uma norma que fere a Constituição, mesmo que esta não tenha sido aplicada em um caso concreto, atingindo a todos os indivíduos indistintamente.

Importante destacar a diferença entre inconstitucionalidade e ilegalidade, sendo esta um ato público que está em desconformidade com a lei, enquanto aquela é o ato que está em desconformidade direta com a Constituição¹⁵, isto é, só há a inconstitucionalidade quando o ato vai de encontro a uma norma específica da Constituição. Tal inobservância pode ocorrer formal, quando o ato for inconstitucional devido ao processo legislativo em que ele foi criado, também chamado de vício nomodinâmico¹⁶, ou materialmente, quando o conteúdo do ato normativo chocar com as normas previstas na Constituição, também chamado de vício nomoestático.¹⁷

Como exemplo de inconstitucionalidade formal tem-se a criação de uma lei complementar aprovada com quórum de maioria simples, quando a CF exige, no seu art. 69, a maioria absoluta. Em tal caso, o procedimento previsto pela CF não foi obedecido, tornando o ato inconstitucional.

De outro turno, a inconstitucionalidade material pode ser exemplificada por uma lei que, em seu texto, permite a prática de tortura ao preso, conteúdo que entra em conflito direto com a CF, visto que o art.5º, XLIX, CF assegura o respeito à integridade física e moral.

A inconstitucionalidade material pode ser arguida por meio de cinco ações, contudo, no presente artigo, será abordada apenas a ação direta de constitucionalidade por ação, visto que tal será relevante para o tema central.

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 289 e 290.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 323.

¹⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 207.

¹⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

1.3.1.1. A ação direta de inconstitucionalidade - ADI

Dirley da Cunha explica que a ADI foi instituída pela EC nº 16/1965, afirmando que o Procurador Geral da República deve fazer uma representação contra o ato ou lei normativa, a ser julgado pelo STF, competência dada pelo art. 102, I, alínea “a”, CF.¹⁸

Observa-se que em tal ação não há lide nem partes conflitantes, tendo como objetivo medular a expulsão da lei ou ato que contraria a norma constitucional. Interessante destacar que o Advogado Geral da União, que tem por dever constitucional defender o ato impugnado, não pode ser considerado parte, atuando apenas como curador da presunção de constitucionalidade da lei, ou seja, os legitimados para propor tal ação são considerados partes formais, já que a ação é proposta em face de uma lei ou ato normativo, e não contra alguém.

Os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade são encontrados no art.103 da CF, podendo ser divididos em dois grupos: os legitimados universais, que são aqueles que não precisam de pertinência temática para ajuizar a ação, já que está instituído em suas atribuições a defesa da CF, e os legitimados não universais ou especiais, que são os que precisam demonstrar o interesse de agir, a pertinência temática para propor a ADI.

O objeto da ação só pode ser a lei ou ato normativo do poder público. Como leciona Pedro Lenza, por lei entendem-se todas as espécies normativas do art. 59, CF, que são as emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções¹⁹. Já os atos normativos, segundo Alexandre de Moraes, podem ser as resoluções administrativas dos tribunais, os atos estatais de conteúdo meramente derogatório, as deliberações administrativas dos órgãos judiciários, as deliberações dos Tribunais Regionais do Trabalho judiciários e as resoluções do Conselho Internacional de preços.²⁰

Ressalta-se que a explanação acima é de importância ímpar, haja vista não ser possível o entendimento da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade sem, contudo, explicar do que se trata tal inconstitucionalidade.

Passar-se-á a analisar a segurança jurídica e a legalidade, haja vista serem os pilares da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 334 e 335.

¹⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 238 e 239.

²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 733.

2. Segurança jurídica x legalidade

2.1. A diferença existente entre os princípios e as regras

A Constituição não pode ser considerada um conjunto fechado de normas, pois deve interagir com a realidade, ou seja, adequar-se ao avanço da sociedade. Por isso, existem os princípios, pois estes são abrangentes e gerais, ao contrário das regras, que disciplinam uma conduta isoladamente.²¹

Com isso, entende-se que a Constituição é formada por regras, que são específicas e limitada, podendo ser aplicadas somente a um tipo descrito na lei, e princípios, que são os norteadores da conduta humana, podendo ser aplicados a vários fatos de formas diferentes, de acordo com o caso concreto.

Alexy os distingue pelo modo de resolução do conflito, afirmando, que na colisão entre princípios, é utilizado aquele de maior peso, valor ou importância no caso concreto, enquanto que, na colisão entre regras, esse conflito não pode acontecer, já que elas são antinômicas, ou seja, se uma regra contraria outra, uma das duas precisa sair do sistema jurídico, tornar-se inválida, o que não ocorre com os princípios, haja vista estes terem a característica de poderem coexistir,²² ou seja, não necessariamente é preciso escolher entre um princípio ou outro, podendo estes serem atrelados e aplicados conjuntamente.

Também Dworkin defende tal diferença quando afirma que as regras são aplicáveis ou por inteiro ou em nada (*all or nothing*),²³ isto é, ou ela é válida e aplicável ou precisa sair do ordenamento jurídico, enquanto os princípios podem deixar de ser aplicados em certos casos concretos, sem que sejam retirados do ordenamento.

De outro turno, Humberto Ávila discorda de tais teorias, afirmando que as regras, bem como os princípios, podem ser ponderadas de acordo com o caso concreto,²⁴ citando como exemplo a jovem de doze anos que mantém relações sexuais com outrem, porém não há a presunção de violência, tampouco a caracterização do crime de estupro, pelo fato de a jovem possuir aparência física e mental de pessoa mais velha. Com isso, ele alega que a distinção entre regras e princípios não pode ser feita baseada somente no método *tudo ou nada*, sendo necessária, portanto, uma análise dos

²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 137.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, título original: *Theorie der Grundrechte*, p. 86.

²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, Título original: *Taking rights seriously*, p. 39.

²⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 45.

outros quesitos de diferenciação entre regra e princípio, a exemplo do grau de abstração destes, já que, como ele se fez entender, as regras também podem ser ponderadas.

Finaliza o autor explicando que a grande diferença está no fato de que, enquanto as regras determinam diretamente a conduta a ser seguida, os princípios estabelecem fins normativamente relevantes, ou seja, as regras são objetivas, definindo qual comportamento deve ser adotado em determinada situação, apesar de não serem absolutas, enquanto que os princípios são subjetivos, apontando apenas quais direitos são fundamentais e devem ser preservados, também com a possibilidade de haver uma ponderação entre eles.

Depreende-se, assim, que as teorias de Dworkin e Alexy não são suficientes, por si só, para um entendimento satisfatório da diferença existente entre regras e princípios, o que não quer dizer que elas não devem ser utilizadas. Por outro lado, faz-se necessária a análise de todo caso concreto para que seja procedida a ponderação entre princípios e também entre regras.

2.2. *Segurança jurídica*

A segurança jurídica é a garantia de estabilidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências das condutas adotadas. Canotilho aborda o tema, explicando que a segurança jurídica se desenvolve em torno de dois conceitos, quais sejam:

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.²⁵

Ou seja, ela diz respeito aos aspectos referentes à segurança que se deve ter com um ato praticado de acordo com os princípios da lei produzirá seus efeitos sem serem modificados ao bel prazer do agente, ou seja, é um direito fundamental do cidadão, que, segundo Sarmiento²⁶, possibilita que as pessoas e empresas planejem suas atividades, tendo estabilidade e tranquilidade na fruição de seus direitos.

Ainda sobre o conceito de segurança jurídica, Fabrício Andrade afirma que:

O princípio da segurança jurídica implica normalidade, estabilidade, proteção contra alterações bruscas numa realidade fático-jurídica. Significa a adoção

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 372.

²⁶ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010, p. 149.

pelo estado de comportamentos coerentes, estáveis, não contraditórios. É também, portanto, respeito a realidades consolidadas.²⁷

A segurança jurídica, portanto, traz uma ideia de estabilidade, firmeza e garantia, sendo esta, justamente, sua finalidade - a de proporcionar na sociedade a condição de se estar livre de incertezas, tendo fundamento no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o qual diz que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, e, no artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual diz que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, protegendo, portanto, os atos já realizados.

Carlos Aurélio faz a distinção entre a segurança e a justiça propriamente dita, explicando que:

Segurança e Justiça, portanto não se contrapõem, mas enquanto esta é um poder moral, desarmado, sua garantia de efetivação no direito repousa na materialidade objetiva da segurança jurídica.²⁸

É possível concluir que há princípios que, pela relevância na sociedade, por nortearem todas as relações jurídicas direta ou indiretamente, merecem status de sobreprincípios, como é o caso da segurança jurídica, por exemplo, pois ela assegura a estabilidade de todas as relações, tendo importância incontestável.

Destarte, conclui-se que a segurança jurídica é um sobreprincípio por ser de importância suprema, além de ser concretizada através de outros princípios.

2.3. *Legalidade*

É inequívoco que o princípio da legalidade é basilar para a formação de uma sociedade equilibrada, haja vista a necessidade de se cumprir regras com o fim de se atingir a pacificação, pois, se assim não fosse e se cada um pudesse agir de acordo com seus próprios princípios éticos e morais e sua ideia de justiça, a convivência seria caótica, já que é utópico pensar que, em uma comunidade, todas as pessoas que ali permanecem têm a mesma visão sobre como se portar perante os outros.

É preciso, pois, que haja uma legislação impondo certos tipos de comportamento, tendo também a imposição de sanções caso se confronte tal legislação.

²⁷ ANDRADE, Fábio. **O que é a segurança jurídica?** Disponível em: <http://professorfabricioandrade.blogspot.com/2010/04/o-que-e-seguranca-juridica.html>. Acesso em: 28 ago. 2014.

²⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996, p. 269.

Basicamente este é o objetivo do princípio da legalidade, impor regras com o objetivo de pacificar a convivência em sociedade.

Como expressa o art. 5º, II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, isto é, as pessoas precisam cumprir o que determina a legislação, podendo, porém, fazer tudo aquilo que não estiver disposto como proibido. De acordo com José Afonso²⁹:

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, porquanto, é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.

Destarte, a legalidade é de fundamental importância ao ordenamento jurídico, posto que determina o modelo ideal a ser seguido, a fim de se conviver pacificamente.

Ocorre que tal princípio não é absoluto, haja vista ter se descoberto que, mesmo que existam várias leis tratando sobre todos os assuntos imagináveis, não conseguirá abranger todos os casos possíveis de acontecer.

2.4. *Ponderação entre legalidade e segurança jurídica*

Em regra e situações sócio-jurídicas normais, a segurança jurídica e a legalidade são complementares, porém, há casos em que os atos praticados em desconformidade com a lei têm seus efeitos mantidos, porque o seu desfazimento geraria insegurança jurídica na sociedade, ou mesmo porque seria impossível desfazer tais efeitos, casos em que é necessário que se faça uma ponderação.

É irrefutável que o princípio da legalidade é um dos princípios mais fortes do direito, contudo, quando a questão indica uma mera informalidade, passível de retificação, a segurança jurídica deverá prevalecer.

Um exemplo dessa prevalência é a incidência da segurança jurídica em detrimento da legalidade no julgamento do recurso ordinário no mandado de segurança nº 25652 PB, ocorrido na 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que determinou a permanência de servidores sem concurso público nos cargos, haja vista o transcurso de vinte anos sem que a administração se manifestasse, o que tornou a situação irreversível, impondo a prevalência da segurança jurídica, apesar da ilegalidade ocorrida. É o que informa a ementa:

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 420.

Ementa: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE 20 ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

No caso em destaque, ao ser realizada a ponderação, a segurança jurídica prevalece, tendo em vista não ser razoável que se afaste os funcionários efetivos há 20 anos, apesar da ilegalidade em suas admissões, pela inércia imotivada durante demasiado tempo pela Administração, tendo os servidores o direito adquirido de permanecer em seus cargos, mesmo que, para isso, se afaste o princípio da legalidade, ressaltando que esta não é uma regra, devendo ser realizada a ponderação, a fim de se observar qual princípio será o mais benéfico no caso concreto.

3. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade com base na ADI nº 2.240/BA do STF

3.1. A pronúncia de nulidade

Deve-se observar que a pronúncia da nulidade de uma lei declarada inconstitucional é dominante na doutrina, ou seja, em regra, a consequência de uma lei ser inconstitucional é a pronúncia de sua nulidade, isso com base no princípio da supremacia da Constituição. Assim explica Gilmar Mendes:

Se a Corte Constitucional se convencer, num dos processos de controle de normas (controle concreto, controle abstrato, recurso constitucional), que o direito federal ou o direito estadual se revela incompatível com a Lei Fundamental, então ela declara a nulidade da lei.³⁰

Porém, o que seria essa pronúncia de nulidade? Pode-se dizer que a nulidade é uma penalidade imposta à lei por esta ser defeituosa, já que foi criada com a inobservância das prescrições legais. Possuindo vícios, deve ser retirada do sistema, tornando-se ineficaz e não produzindo mais efeitos.

Esse é, em tese, o sentido de declaração de nulidade, que diz que, quando uma regra é tida como inconstitucional, deverá ser retirada do sistema jurídico, sendo seus efeitos tornados nulos.

Conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o Supremo Tribunal Federal adota a tese de que, quando o ato contraria a Constituição, deve este ser nulo, e não

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.446.

anulável;³¹ é, portanto, inapto para produzir qualquer efeito jurídico válido desde seu nascimento, sendo esta, portanto, a regra da declaração de inconstitucionalidade de um ato.

3.2. *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade*

Também chamada de declaração de incompatibilidade, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade teve origem no direito alemão, prevista pelo §78 da Lei de *Bundesverfassungsgericht*³², e esta ocorre quando uma lei é inconstitucional, porém, sua retirada do ordenamento jurídico se torna bastante prejudicial, motivo pelo qual é autorizado a tal lei continuar no sistema, até que seja sanado o vício que a torna inconstitucional.

O objetivo da criação desse segmento é explicado por Gilmar Mendes, quando diz:

Ponto de partida para o desenvolvimento dessa variante de decisão foi a chamada “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade”, que se verifica quando a lei concede benefícios a determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores.³³

Com isso, deduz-se que tal instituto foi criado com o objetivo de sanar as desigualdades fruto da aplicação de leis sem a observância do caso concreto, porém, como há de se observar, a finalidade deste método foi ampliada a outras situações em que a aplicabilidade da lei não seria meio de se atingir o bem-estar social, permitindo, assim, a permanência de uma lei inconstitucional no ordenamento jurídico.

Ratificando a teoria, o legislador autorizou a utilização da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no art.27 da Lei 9.869/1999:

Art. 27. 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.

Há que se observar que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade foi inserida na legislação como uma forma de exceção à regra, que é a

³¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 844.

³² SCHLAICH, Das Bundesverfassungsgericht apud MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 452.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.453.

nulidade do ato desde seu nascimento. Conforme leciona Alexandrino, essa inovação pode ser chamada de técnica de modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, podendo ser aplicada somente diante de situações extraordinárias, com a obediência de dois requisitos, quais sejam, a decisão de dois terços dos membros do Tribunal e a presença de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.³⁴

O artigo permite que o STF restrinja ou adie os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no caso de ele entender que essa seja a melhor decisão a ser tomada no caso concreto, o que é exatamente o efeito da declaração de inconstitucionalidade restritiva.

Segundo Gilmar Mendes, três são os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade: o dever de legislar, a suspensão da aplicação da lei inconstitucional ou a eventual aplicação da lei inconstitucional.³⁵

Também Alexandrino explica as possíveis posições a serem adotadas pelo STF diante da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, quais sejam, a possibilidade de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de conferir efeitos não retroativos à decisão ou fixar outro momento para o início da eficácia da decisão.³⁶

Não só o Brasil adotou a prática da declaração de inconstitucionalidade restritiva, como também Itália, Alemanha, Espanha e outros, confirmando a importância e a utilidade de tal declaração.

Não resta dúvida, portanto, da aceitação dos legisladores acerca da declaração de inconstitucionalidade restrita. Porém, essa declaração só é permitida nos casos de segurança jurídica ou interesse público de excepcional relevo, como já supramencionado. Mas, quais seriam tais casos?

A segurança jurídica é o princípio intimamente ligado ao sentido de justiça. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é permitida, assim, quando a segurança jurídica estiver em perigo, como, por exemplo, quando o ato inconstitucional for mais benéfico, no caso concreto, que a aplicação norma. Isso

³⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 845.

³⁵ MENDES, Gilmar. **A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/49/26>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

³⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 845.

porque é mais importante pensar no bem-estar e na segurança jurídica depositada na sociedade do que aplicar normas prejudiciais à população.

O interesse público de excepcional relevo traduz uma idéia semelhante à idéia da segurança jurídica, qual seja, a de permitir que uma norma inconstitucional permaneça no ordenamento, por essa decisão ser a mais acertada, no caso concreto. Só que, nesse caso, ao invés de assegurar a segurança jurídica, o sistema vai estudar o fato e perceber que será mais produtivo para a sociedade que certa norma continue no sistema, apesar de ser inconstitucional.

3.3. *Explicação da ADI nº 2.240/BA do STF*

Como será utilizado o exemplo da ADI 2.240/BA para explicar a tese defendida, explicar-se-á o caso em questão de forma breve. Trata-se de uma ADI impetrada pelo PT contra a Lei nº 7.619/2000, que criou o município Luís Eduardo Magalhães, sendo este desmembrado do município de Barreiras. Esta ADI tinha como argumento a violação do art.18, §4º, CF, que diz:

Art. 18, § 4º. A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Como elenca o artigo, para a criação de municípios, é preciso o preenchimento de diversos requisitos. No caso em tela, a criação do município foi inconstitucional, visto que não havia lei complementar que estabelecesse o período para a criação do município, além de o plebiscito ter sido feito apenas com a população do município a ser criado, e os estudos de viabilidade municipal terem sido publicados posteriormente ao plebiscito, ou seja, a criação do município não cumpriu os requisitos legais.³⁷

É inegável a violação dos requisitos para a criação do município, motivo pelo qual a cidade deveria ser extinta, retornando ao *status quo*, ou seja, pela lei, haveria a extinção do município, devendo este voltar a fazer parte do município de Barreiras, como era antes.

Ocorre que, enquanto a ADI tramitava, o município se desenvolveu, considerando que o processo judicial teve duração de seis anos, lapso temporal que permitiu que a cidade assumisse existência de fato, não sendo razoável a extinção do município, por a decisão trazer malefícios no caso concreto, ao passo que, se ele continuasse existindo, com a autonomia de um município, iria se desenvolver cada vez

³⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

mais. Isto é, apesar da criação inconstitucional, tendo em vista o lapso temporal entre a criação do município e a decisão de que este não deveria ter sido criado, razoável se firmou que o município continuasse sendo independente.

Chega-se, então, a um impasse. O que seria mais importante: a prevalência da lei ou a efetividade do princípio da segurança jurídica? Tal questionamento se traduz no objeto principal de estudo do presente artigo e, para isso, abordar-se-á as fundamentações adotadas em ambas as teorias.

3.3.1. A solução encontrada no caso da ADIN nº 2.240/BA do STF

Defendendo a existência do município, o Ministro Eros Grau alegou que:

Criado o Município, passou a existir e agir como ente da federação. Trata-se de um fato. Não se anulam fatos. Um ente da federação assumiu existência (plano da existência) e dessa existência resultaram efeitos jurídicos (plano da eficácia), tal como ocorre no casamento putativo e com as sociedades em comum (sociedades de fato). Impossível retornarmos no tempo, para anular essa existência, sem agressão à autonomia desse Município e, pois - repito - ao princípio federativo.³⁸

Apreende-se, assim, que não se pode anular fatos e o fato era que o município já existia há seis anos, não sendo razoável sua extinção, já que a extinção traria prejuízos ao município, que se encontrava em pleno desenvolvimento e crescimento.

O ministro alegou a defesa da segurança jurídica, que assegura a preservação da realidade de fato, que, no caso concreto, é a existência do município. Também citou o princípio da força normativa dos fatos, baseado no fato de que o município adquiriu existência de fato, sendo efetivamente criado e desenvolvido. Defendeu, portanto, que não fosse declarada inconstitucional a criação do município, pelos motivos supracitados.³⁹

Já o ministro Gilmar Mendes defendeu a tese da inconstitucionalidade da criação do município, porém, sem a pronúncia de sua nulidade, por esta trazer prejuízos ao fato já consubstanciado, aplicando o art.27 da lei 9.868/99, fundamentando em defesa da segurança jurídica e excepcional interesse social, alegando que a lei deveria vigorar por vinte e quatro meses subsequentes ao julgamento, até que essa fosse adequada ao sistema jurídico. Afirmou, ainda, que “a nulidade da lei inconstitucional pode causar

³⁸ ADIN nº 2.240-7, Bahia, 2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/ADI_2240_BA%20_09.05.2007.pdf> Acesso em: 13 set. 2014.

³⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263.

uma verdadeira catástrofe”,⁴⁰ quando se verifica que a nulidade do ato trará prejuízos à população.

Fazendo uma ponderação entre a segurança jurídica e a legalidade, há que se perceber que a extinção do município, advinda da pronúncia de nulidade, traria malefícios à população, visto que, ao invés de continuar a se desenvolver, o município de Luis Eduardo Magalhães voltaria a pertencer ao município de Barreiras, havendo uma regressão da situação fática existente, por conta da formalidade do ato.

Cabe ressaltar que a lei existe para regular uma situação, e que seu objetivo é melhorar o desenvolvimento da sociedade, tendo por finalidade sempre o interesse público. Com tal premissa, torna-se fácil a resolução do conflito, qual seja, a permissão da existência do município, já que, para a população, é a decisão mais proveitosa.

Gilmar Mendes explicou que o princípio da nulidade ainda é regra nos casos de inconstitucionalidade e que o seu afastamento só poderá ocorrer mediante uma intensa ponderação, sempre sendo levado em consideração o interesse social relevante.⁴¹

Com isso, quer dizer que prevalecerá a nulidade do ato, quando este for inconstitucional, salvo nos casos de relevante interesse social, que será aplicado excepcionalmente, com respaldo na Constituição Federal.

Assim, o ministro Eros Grau, revendo o seu voto, acompanhou o entendimento do ministro Gilmar Mendes, concordando em declarar a lei que criou o município de Luis Eduardo Magalhães inconstitucional, porém, não declarando a sua nulidade, tendo tal município o prazo de vinte e quatro meses para regularizar sua situação irregular.⁴²

A decisão do STF adota, assim, a possibilidade da constitucionalidade superveniente, que é a permissão da correção de uma lei que nasceu viciada, mediante um procedimento futuro de adequação.⁴³

3.4. *O porquê da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade ser meio apto para o alcance da segurança jurídica*

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é meio apto para o alcance da segurança jurídica, haja vista ser esta a melhor solução nos casos em que a nulidade dessa declaração colocaria em risco o interesse social.

⁴⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265.

⁴¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265.

⁴² ADIN nº 2.240-7, Bahia, 2007.

⁴³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

Inúmeros são os casos em que a ausência de nulidade foi declarada, como fundamento no bem estar social, pelo fato de a cessação de efeitos da norma trazer um retrocesso na sociedade, o que não pode ser permitido pelo legislador.

Essa é uma inovação trazida pelo legislador, baseado no direito alemão, que não vê o sistema jurídico como conjunto de leis e sim como meio de se aplicar a justiça.

Samantha Meyer justifica a utilização da declaração de constitucionalidade sem a pronúncia de nulidade quando explica que:

A Corte Constitucional alemã faz uso desse método de interpretação quando a declaração de nulidade da lei ou ato normativo ocasionar um vácuo jurídico extremamente gravoso para a ordem constitucional. Com o emprego desse método de interpretação a norma impugnada mantém-se no ordenamento jurídico, pois apesar de reconhecer-se a sua inconstitucionalidade, não declara-se a sua nulidade.⁴⁴

Pode-se dizer que, com a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, a eficácia da norma é suspensa e o legislador é induzido a adotar medidas que superem a inconstitucionalidade.

Também reconhecendo a importância do tema, aduz Mendes, Coelho e Branco:

O Supremo Tribunal deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado da declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei.⁴⁵

Para que haja a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, o legislador precisa reconhecer o estado como imperfeito, e que, apesar da grande quantidade de leis, estas não serão suficientes para alcançar todos os casos passíveis de legislação, o que é uma etapa vencida, pois, somente a partir deste reconhecimento é possível a implantação de medidas para aperfeiçoar o ordenamento jurídico, com base no bem estar social.

Há que se destacar o ponto de partida desta declaração, que teve origem no direito alemão. Explicada por Gilmar Mendes, ele diz que:

Ponto de partida para o desenvolvimento dessa variante de decisão foi a chamada exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade, que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a um determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores (v.g. benefícios sociais, salários ou vencimentos,

⁴⁴ MEYER, Samantha. **Da eficácia das decisões na arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Samantha.htm#3.2>. Acesso em: 24 set. 2014.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso De Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1195.

subvenções etc.). A jurisprudência do Tribunal não se limitou, porém, a esses casos [...] ⁴⁶

Diante do exposto, conclui-se que cada caso concreto merece a devida atenção para a sua resolução de forma justa pelo judiciário, pois cada processo impetrado possui suas características próprias, não podendo ser julgado de forma igual a outro que lhe pareça semelhante. O objetivo do estudo é apontar a necessidade de olhar para o processo, não como uma simples folha de papel, mas como uma história que envolve vidas que serão mudadas pela sua decisão, merecendo, portanto, a devida atenção e dedicação.

É preciso o máximo de responsabilidade para julgar, pois, como demonstrado, mesmo uma lei inconstitucional, viciada, criada de forma incorreta, poderá continuar a vigorar no sistema, se esta for a maneira de se garantir o melhor interesse social.

Assim leciona Alexandrino, quando explica que há no Tribunal uma tendência de flexibilização da teoria de nulidade dos atos inconstitucionais, visando a preservação dos atos já praticados, bem como o respeito ao princípio da segurança jurídica, ao interesse social e os terceiros de boa-fé. ⁴⁷

Não há dúvidas da aceitação da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, com fundamento na proteção da segurança jurídica e do bem estar social, haja vista a preferência de que seja o aplicador do direito o indicado a corrigir imperfeições constantes na lei, aplicando as devidas conseqüências de acordo com o caso concreto.

Por fim, há que se reconhecer a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade como um avanço realizado pelo Supremo Tribunal Federal em relação à aplicabilidade cega das leis nos casos concretos, visto que tal técnica tem por objetivo o alcance do bem estar social de fato, além da observância da legislação como um meio de se obter a justiça, e não como um fim em si mesmo.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Apostila de Direito Constitucional**, Módulo V, Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre, 2006, p.289.

⁴⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 847.

CONCLUSÃO

No presente artigo, foi utilizada uma linguagem simples para a explicação de um tema aparentemente complexo, mas que quando é compreendido, se torna fácil entender o porquê de ele ter se tornado tão importante para o sistema jurídico.

Em um país onde há inúmeras leis tratando sobre vários temas, o objetivo de legislar sobre todas as hipóteses possíveis de acontecimento na vida humana é inalcançável, motivo pelo qual o aplicador do direito precisa aprender a ver a legislação como um auxílio à sua decisão, como um norteador, onde a sentença final será decretada por ele, da forma mais justa, mesmo que, para isso, seja preciso ir de encontro às leis.

Uma legislação ultrapassada não auxilia porque esta não condiz, muitas vezes, com o momento em que está inserida a sociedade, sendo esse mais um motivo para justificar a existência da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, além da morosidade no processo judicial, o que acarreta no fato de que, quando uma lei vai ser julgada inconstitucional, já não condiz com a melhor alternativa pelo decorrer do tempo.

O problema de a legalidade não ser seguida e da inconstitucionalidade vir a ser uma constante é eximido quando se criaram requisitos para essa declaração, como, por exemplo, o interesse social relevante, ou seja, a nulidade da lei inconstitucional continua sendo a regra, porém, essa deixa de ser absoluta, podendo o caso ser tratado diferentemente.

Ademais, existe a possibilidade da constitucionalidade superveniente, um procedimento futuro de adequação, ou seja, aquela lei que é inconstitucional, mas não deve ser anulada, pode se adequar com a finalidade de se tornar constitucional, não precisando, portanto, ser retirada do sistema.

Para explicar a tese de forma organizada e compreensiva, o trabalho foi dividido em três capítulos: o primeiro, tratou do direito constitucional de uma forma geral. Afinal, não seria possível entender o que é a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade sem antes explicar conceitos como o de interpretação constitucional, controle de constitucionalidade, etc.

No segundo capítulo, fizemos uma ponderação entre a segurança jurídica e a legalidade, primeiro explicando a diferença existente entre princípio e regra e que esses dois são espécies do gênero norma, explicando, ao final, o conceito de legalidade e de segurança jurídica.

No terceiro capítulo, o tema foi abordado densamente, mas de uma forma simples, explicando o que seria a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade por meio da ADI nº 2.240, afinal, com exemplos concretos, fica fácil entender a teoria.

Como conclusão, propõe-se uma exploração do que ocorre após a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, como por exemplo, a verificação, no caso da ADI nº 2.240, se a constitucionalidade superveniente está sendo respeitada, se a regulamentação da lei inconstitucional supriu os defeitos contidos nesta, se o prazo determinado pelo STF foi cumprido, dentre outros.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: Para uma teoria da Dogmática Jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, título original: Theorie der Grundrechte.

ANDRADE, Fábio. **O que é a segurança jurídica?** Disponível em: <<http://professorfabricioandrade.blogspot.com/2010/04/o-que-e-seguranca-juridica.html>>

ARAÚJO, Luiz Alberto David de e Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 45.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 2.240 -7, Bahia, 2007**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/ADI_2240_BA%20_09.05.2007.pdf>

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: taking rights seriously.

FREITAS JÚNIOR, Lauro Francisco da Silva. **Breve comentário sobre o controle de constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/105/breves-comentarios-ao-controle-de-constitucionalidade-no-brasil>>

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico constitucional**. Disponível em:

<http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/CarlosMachado_AFraternidadeComoCategoriaJuridicoConstitucional.pdf>

MENDES, Gilmar Ferreira. **Apostila de Direito Constitucional, Módulo V, Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre, 2006.

_____. **A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão**. Disponível em:

<<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/49/26>>

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso De Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEYER, Samantha. **Da eficácia das decisões na argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Samantha.htm#3.2

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Aline Lima de. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão**, 2008. Disponível em:

<<http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/index.html>>

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010.

SICUTO, Sandro Nasser. **Interpretação da norma jurídica**. Disponível em:

<<http://capimmargoso.blogspot.com/2008/02/srie-aulas-de-hermenutica-aula-5.html>>

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.