

**IBET**  
**Instituto Brasileiro de Estudos Tributários**  
**Bianca do N. Müller**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E OS EFEITOS  
DO ATO DO SENADO FEDERAL QUE SUSPENDE A EXECUÇÃO DA  
LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL**

**São Paulo**  
**2008**

Bianca do N. Müller

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E OS EFEITOS  
DO ATO DO SENADO FEDERAL QUE SUSPENDE A EXECUÇÃO DA  
LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL**

Monografia Jurídica apresentada à Banca Examinadora do IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário.

São Paulo  
2008

Autor: Bianca do Nascimento Müller

Título: O Controle de Constitucionalidade das Leis e os Efeitos do Ato do Senado Federal que Suspende a Execução da Lei Declarada Inconstitucional

Monografia Jurídica apresentada à Banca Examinadora do IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário.

A Banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à análise da Monografia em nível de Especialização e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

MENÇÃO GERAL:

---

Coordenador do Curso:

Dr. Eurico Marcos Diniz de Santi

*Dedico este trabalho ao meu esposo Roberto e aos meus queridos filhos Bruno e Henrique pelo apoio e compreensão que tiveram durante os anos em que me dediquei a este curso.*

*Agradeço a Deus que sempre iluminou e protegeu a minha família, e que ao longo destes anos me deu forças e persistência para continuar em busca do conhecimento.*

*“... Livre-se do perigo da ansiedade intelectual, que às vezes prejudica os jovens. Precisamente eles que têm tanto tempo, comportam-se, em certas circunstâncias, como se já não mais tivessem tempo nenhum. O saber é como o*

*amor. Só vale a pena quando saboreado até à exaustão. A pressa no pensar e no dizer o que se pensa causa tanto mal-estar quanto o alimento que se leva ao estômago sem o cuidado de mastigá-lo e salivá-lo. Não é o quanto se deglute que nutre, mas o quanto do deglutido se assimila...”*

(Palavras do mestre José Joaquim Calmon de Passos, ditas a Fredie Didier Jr. no prefácio do livro “Recurso de Terceiro – *Juízo de admissibilidade*”).

## RESUMO

A questão referente aos efeitos gerados pelo ato editado pelo Senado Federal continua a desafiar a argúcia dos juristas.

As dúvidas, a respeito do assunto, sempre foram tantas, que, ao lado de autores que acentuam a complexidade da matéria, outros negam veementemente o Princípio da Supremacia da Constituição Federal.

É incontestável, porém, que as investigações doutrinárias, confirmadas pela grande maioria da jurisprudência, já conseguiram, pelo menos, chegar a uma conclusão: a de que a lei declarada inconstitucional é nula “*ipso iuri*”.

Limitando-se ao que o título se propõe, prenunciam-se dias de desconforto em relação a um tema que sempre foi objeto de acirradas discussões entre nós.

E o dilema do jurista é saber qual o lapso temporal a ser aplicado, quando da desconstituição de um ato jurídico cujo nascimento deu-se sob a égide de uma lei declarada inconstitucional; se o da data da publicação da lei que nasceu eivada de vícios (*ex tunc*) ou da data em que o Senado entendeu conveniente suspender a sua execução (*ex nunc*).

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	
08	
<b>1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	09
1.1 A supremacia da constituição e a presunção de constitucionalidade das leis.....	09
1.2 Sistemas de Controle.....	12
1.3 Modelos de Controle Judicial de Constitucionalidade.....	13
1.3.1 Controle Concreto.....	13
1.3.2 Controle Abstrato.....	14
<b>2. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL A PARTIR DA CF/88.....</b>	19
2.1 Legitimação Ativa.....	19
2.2 Efeitos das Decisões Emanadas do Controle Difuso.....	19
<b>3. ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL.....</b>	20
3.1 Efeitos Jurídicos da Resolução Senatorial.....	20
3.2 Eficácia Temporal dos Efeitos da Resolução do Senado.....	21
<b>CONCLUSÕES.....</b>	28
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	29

## INTRODUÇÃO

É objetivo precípuo deste trabalho a análise do alcance dos efeitos jurídicos oriundos do ato do Senado Federal conferido pela Constituição Federal de 1988, através do artigo 52, inciso X o qual outorgou eficácia privativa para que este “*suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

Conforme abordaremos neste trabalho divergem doutrina e jurisprudência quanto ao tema objeto desta monografia.

A partir das posições adotadas pelos estudiosos da matéria, constitucionalistas renomados, bem como pelas decisões oriundas dos Tribunais Superiores, dentro dos limites desta monografia, em breves laudas, demonstraremos a posição a qual achamos mais coerente.

A curiosidade pelo tema objeto deste trabalho decorre da importância da determinação do lapso temporal a partir do qual a lei declarada inconstitucional em controle difuso de constitucionalidade a qual teve suspensa sua execução, pelo ato do Senado Federal, deixará de surtir efeitos.

É extremamente importante este momento mais precisamente quando tratamos de tributos os quais, não raras às vezes, são pagos pelos contribuintes com base em uma lei viciada seja esse vício formal ou material, mas que indiscutivelmente onerou indevidamente o contribuinte.

É justamente a retroatividade da norma jurídica declarada inconstitucional o ponto que mais nos interessa nesta monografia.

# 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

## 1.1 A Supremacia da Constituição e a Presunção de Constitucionalidade das Leis

A Constituição Federal da República situa-se no vértice do sistema jurídico do Estado de forma que as normas de grau inferior somente valerão se forem com ela compatíveis.

Nas Constituições do tipo rígidas, como a brasileira, prevalece a hierarquia desta em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Imprescindível, portanto, que as demais normas para que tenham validade dentro desse sistema sejam produzidas em conformidade com a Constituição, a qual representa seu fundamento de validade.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior,

“a constituição seria um todo unitário, equivalente ao próprio Estado. A Constituição nada mais é do que um Estado e um Estado é essa unidade, política concreta, onde tudo está e para o que tudo converge”.<sup>1</sup>

É a *norma fundamental* que fornece os limites ao legislador infraconstitucional, de forma que a sua observância é condição de validade para o plexo normativo.

A condição de norma fundamental na doutrina Kelseniana tem o sentido jurídico-positivo, qual seja:

“..a constituição jurídico-positiva, na concepção Kelseniana, equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau; ou certo documento solene, conjunto de normas jurídicas que somente podem ser alteradas observando-se certas prescrições especiais”.<sup>2</sup>

A decorrência da condição de validade da legislação infraconstitucional em relação à lei maior opera a partir de dois princípios, quais sejam: o da Supremacia da Constituição e o da Compatibilidade Vertical.

A Supremacia da Constituição decorre do fato de esta ocupar o ápice do ordenamento jurídico. Nas palavras de José Afonso da Silva,

---

<sup>1</sup> TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, p.231.

<sup>2</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros 1998, p.31.

<sup>3</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p.45.

“..significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.<sup>3</sup>

Ainda segundo José Afonso da Silva<sup>4</sup> “o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”.

O controle de constitucionalidade constitui a “verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição”<sup>5</sup> e deriva da concepção da Constituição como lei fundamental do ordenamento jurídico.

A presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos decorre de disposição expressa na CF/88, art.5º, II, *in verbis*:

“Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I-.....

II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

“..., esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade. Dele se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas ( que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas ( que impõem uma abstenção), provenientes do Poder legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítimo”.<sup>6</sup> (grifos nossos)

O sistema de legalidade legítimo a que se refere o citado autor significa que a lei inserida no ordenamento, a qual, vinculam-se os sujeitos presume-se seja legítima, válida, ou seja, seu processo de elaboração tenha ocorrido nos exatos termos definidos na constituição.

Todas as normas bem como os atos normativos estatais haverão de respeitar os princípios e regras traçados bem como o processo legislativo constitucionalmente proposto para a sua elaboração sob pena de apresentarem vícios insanáveis de inconstitucionalidade.

A mera existência de confronto entre a norma infraconstitucional e o texto constitucional, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material, enseja

<sup>4</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p 48.

<sup>5</sup> MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva 1990, p.30.

<sup>6</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.81.

declaração de nulidade da norma infraconstitucional que decorre do princípio da supremacia da Constituição.

Sobre a validade da norma com o sistema, preleciona o mestre Paulo de Barros Carvalho:

“O sistema é formado pelo conjunto das normas válidas, a validade passou a ser critério indispensável para pensar-se o sistema de direito positivo” e continua “A validade não deve ser tida como predicado monádico, como propriedade ou como atributo que qualifica a norma jurídica. Tem status de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa, considerada na sua inteireza lógico sintática e o sistema de direito posto, de tal sorte que ao dizermos que u’a norma “n” é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema “S”. Ser norma é pertencer ao sistema, o “existir jurídico específico a que alude Kelsen”.<sup>7</sup>

É da necessária conformação da norma infraconstitucional perante a lei maior que decorre o princípio da compatibilidade vertical.

A função precípua do controle de constitucionalidade das normas é fazer com que prevaleça a supremacia da Constituição, tendo em vista que sua rigidez determina seja assegurada a observância ao princípio da compatibilidade vertical espelhado na denominada “pirâmide normativa”.

Para Hans Kelsen<sup>8</sup>, a Constituição, no sentido material da palavra -, cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação, poderá também determinar o conteúdo das leis futuras; prescrevendo ou excluindo determinados conteúdos.

Controlar a constitucionalidade consiste em verificar a adequação de uma lei ou um ato normativo com a Constituição, verificando de forma sucinta seus requisitos formais e materiais.

“Conhecida a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, o aplicador do Direito dirime, com relativa facilidade, qualquer conflito interno de normas. Tratando-se de normas de hierarquia diversa, prevalecerá a superior, isto é, a de mais alta hierarquia, porque à outra, exatamente por contraditá-la, faltará validade.

Já estamos percebendo que a Constituição ocupa neste conjunto, o patamar mais elevado, dando fundamento de validade às demais normas jurídicas, pois ela representa o escalão de direito positivo mais elevado. Sobremais, ela dá validade a si própria, já que encarna a soberania do Estado que a editou”.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> *Direito Tributário, Fundamentos jurídicos da Incidência*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.52.

<sup>8</sup> HANS KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, 5ª ed. revista da tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, São Paulo: RT, 2007, p. 103.

<sup>9</sup> ROQUE ANTONIO CARRAZZA. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p.34.

Portanto, verificada a inconstitucionalidade seja sob o aspecto formal (processo legislativo) seja sob o aspecto material (incompatibilidade) resultará em vício jurídico insanável, cuja verificação é predominantemente realizada pelo Poder Judiciário que poderá atuar na via incidental - quando diante de um caso concreto, ou na via abstrata - quando o STF aprecia constitucionalidade, em tese, de lei, resguardando a harmonia do ordenamento jurídico.

Conforme bem dispôs o professor Roque Carrazza:

“o descompasso entre uma norma inferior (lei, decreto, portaria, ato administrativo etc.) e a Constituição tem o nome técnico de inconstitucionalidade, que como predica a melhor doutrina, pode ser material (intrínseca) ou formal (extrínseca). Material, quando o conteúdo da norma inferior é incompatível com regra ou princípio constitucional (a invalidade tísna o próprio mérito da norma inferior). E formal, quando a norma inferior é editada por autoridade, órgão ou pessoa incompetente ou sem a observância dos procedimentos adequados (nos termos, é claro, da própria Constituição).<sup>10</sup>

Em razão da combinação dos modelos difuso e concentrado, temos no Brasil um controle misto de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos.

## 1.2 Sistemas de Controle

Fica ao arbítrio do legislador constituinte determinar a competência a determinado órgão para que controle a constitucionalidade das leis.

Três são os sistemas de controle conhecidos, quais sejam:

- a) Controle jurisdicional – quando a competência para a fiscalização da validade das leis é atribuída ao Poder Judiciário.
- b) Controle político - quando a competência para a fiscalização da validade das leis é atribuída a órgão que não integre o Poder Judiciário.
- c) Controle Misto – quando o controle é realizado em parte pelo poder Judiciário, em parte por órgão que não integra o Poder Judiciário.

A Constituição da República Federativa do Brasil adotou o sistema judicial para que efetue a fiscalização da validade das leis.

---

<sup>10</sup> Ibid., p.35.

“O controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário significa a garantia da ordem, da unidade jurídica e a possibilidade de restabelecer a harmonia do Estado.

É preciso ter presente o caráter dúplice que decorre da declaração proferida no exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário:

- i) a justificação para a atuação do Estado em face do cidadão, por ser consentânea com os ditames constitucionais;
- ii) a certificação de que a atividade estatal se submeteu às limitações que a Constituição impôs”.<sup>11</sup>

### 1.3 Modelos de Controle Judicial de Constitucionalidade

“Os ordenamentos constitucionais em geral prevêm dois modelos distintos de controle judicial de constitucionalidade: o controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa), criação dos Estados Unidos da América, e o controle concentrado (ou jurisdição concentrada), instalado inicialmente na Áustria, sob a influência do jurista Hans Kelsen”.<sup>12</sup>

#### 1.3.1 Controle Concreto

“O modelo difuso de fiscalização da validade das leis surgiu nos Estados Unidos da América, a partir do célebre caso *Marbury v. Madison* em 1803, quando a Suprema Corte Americana, sob o comando do *Chief Justice John Marshall*, firmou o entendimento de que o Poder Judiciário, poderia deixar de aplicar a lei aos casos concretos a ele submetidos, por entendê-la inconstitucional. A partir de então, foi difundida para os mais diversos ordenamentos constitucionais a idéia de que os membros do Poder Judiciário, juízes e tribunais, só devem aplicar aos casos a eles submetidos as leis que considerem compatíveis com a Constituição”.<sup>13</sup>

É o controle exercido pelo método difuso, por via de exceção (ou incidental) através do qual, no processo comum, a parte alega, como fundamento da ação ou da defesa, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

A arguição é feita *incidenter tantum* construindo, portanto, questão prejudicial ao mérito.

O controle difuso será sempre incidental, tendo em vista que a questão principal jamais poderá ser a questão constitucional, sob pena de falta de interesse de agir, manifestada pela inexistência de um caso concreto.

Consoante já decidiu o Pretório Excelso, o controle difuso poderá ser exercido de ofício, vejamos:

<sup>11</sup> JOÃO BOSCO MARCIAL DE CASTRO. *O Controle de Constitucionalidade das Leis e a Intervenção do Senado Federal*. 1ª ed., Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.26-27.

<sup>12</sup> VICENTE PAULO, MARCELO ALEXANDRINO. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª ed., Impetus, Niterói-RJ, 2008, p.707.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p.707.

“Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que *ex officio*, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte”.<sup>14</sup>

A decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade só faz efeito entre as partes da demanda, mas não impede que qualquer juiz ou tribunal possa continuar a aplicá-la por entendê-la constitucional.

“O controle difuso tem como característica a potencialidade de ser encetado por qualquer juiz ou tribunal, diante de um determinado caso concreto”.<sup>15</sup>

Conforme anteriormente citado é objetivo precípuo deste trabalho, a análise e o posicionamento frente aos divergentes entendimentos que vêm sendo adotados pela doutrina e jurisprudência, em especial no que se referem aos efeitos temporais decorrentes do ato legislativo editado pelo Senado Federal, assunto esse a ser tratado oportunamente em capítulo próprio.

### 1.3.2 Controle Abstrato

“O modelo concentrado teve sua origem na Áustria, em 1920, sob influência do jurista Hans Kelsen. Para Kelsen, a fiscalização da validade das leis representava tarefa especial, autônoma, que não deveria ser conferida a todos os membros do Poder Judiciário, já encarregados de exercerem a jurisdição, mas somente a uma Corte Constitucional, que deveria desempenhar exclusivamente essa função. Sob esse pensamento, foi criado o Tribunal Constitucional Austríaco, com a função exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Na visão de Kelsen, a função precípua do controle concentrado não seria a solução de casos concretos, mas sim a anulação genérica da lei incompatível com as normas constitucionais”.<sup>16</sup>

Portanto, no controle concentrado inexistente lide a ser julgada, o objeto da declaração de inconstitucionalidade tem como finalidade garantir a segurança jurídica das relações que não podem ter como fundamento normas inconstitucionais.

Gilmar Ferreira Mendes aborda a questão:

---

<sup>14</sup> STF, Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário n. 219.934-SP, Relatora Min. Ellen Gracie, *Informativo* 365.

<sup>15</sup> OLAVO A.V. ALVES FERREIRA. *Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos*. 2ª ed., Método, São Paulo, 2005, p.37.

<sup>16</sup> VICENTE PAULO, MARCELO ALEXANDRINO. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª ed., Niterói-RJ: Impetus,, 2008, p.707.

“Os processos de controle abstrato têm natureza objetiva. Não têm partes e “podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico”.<sup>17</sup>

Exercido pelo método concentrado, por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), (ADIn) por omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) introduzida na Constituição Federal através da Emenda Constitucional 3/93 e ADPF (art. 102, § 1º da CF/88) disciplinada pelo legislador ordinário por meio da Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

É de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal de forma que a nenhum outro órgão do Poder Judiciário é dado conhecer da inconstitucionalidade argüida via ações específicas.

Conforme assevera, *Arruda Alvim*:

“Ao Supremo Tribunal Federal, como órgão judiciário pinacular e enquanto guardião da Constituição, cabe assegurar, com exclusividade, através da ação direta de inconstitucionalidade, na sua máxima extensão, a compatibilidade do sistema jurídico infraconstitucional com a Constituição mesma, com o efeito fundamental de expungir do ordenamento norma incompatível com a Constituição”.<sup>18</sup>

O art. 103 da CF/88 prevê expressamente os legitimados ativos à propositura da ADIn e da ADC, nos seguintes termos:

Art.103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I- o Presidente da República;
- II- a Mesa do Senado Federal;
- III- a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV- a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI- o Procurador-Geral da República;
- VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII- partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX- confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional.

A eficácia temporal que decorre da declaração de inconstitucionalidade das leis seja no controle abstrato, seja no controle difuso está entre os temas que mais suscitam divergências na doutrina.

<sup>17</sup> GILMAR FERREIRA MENDES. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes coordenadores, São Paulo: Saraiva, 1994, p.53.

<sup>18</sup> JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p.24.

Neste tópico falaremos especificamente do controle abstrato tendo em vista que o controle difuso e seus efeitos serão tratados em capítulo à parte até porque serão abordados com maior profundidade por se tratar do objeto da análise proposta.

Em regra, declarada inconstitucional uma lei ou ato normativo, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*), tendo em vista que o ato declarado inconstitucional é nulo.

Prepondera no direito brasileiro, a noção de que a nulidade decorrente da inconstitucionalidade é absoluta e, portanto, retroativa.

Para Alexandre de Moraes:<sup>19</sup>

“Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados (*efeitos ex tunc*).”

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes assevera que:<sup>20</sup>

“a lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso iure e ex tunc* mas ressalva que “na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar, todavia, tentativa no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade”, a qual, porém não vingou, “até porque, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional.”

Entretanto, a Lei 9.868/99, art. 27, dispõe, *in verbis*:

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.

Como podemos observar a Lei 9.868/99 inovou em relação à ação direta, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal, mediante a maioria de dois terços de seus membros e por motivos excepcionais possa limitar os efeitos, ou estipular o momento a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade passará a produzi-los, imprescindível para tanto que estejam presentes os requisitos:

1. **formal:** maioria de dois terços e;

---

<sup>19</sup> ALEXANDRE DE MORAES. *Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p.624-625.

<sup>20</sup> GILMAR FERREIRA MENDES. *Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo, Saraiva, 1999, p.261-263

2. **material:** em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Portanto, a partir da edição da Lei 9.868/99 é possível verificarmos a existência de quatro tipos de eficácia temporal, quais sejam:

**Regra geral:**

1. *Ex tunc* – que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade retroajam à edição da norma viciada, todos os atos bem como a norma declarada inconstitucional são nulos;

**Exceções:**

2. *Ex nunc* – que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade passarão a produzir seus efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão;
3. Possibilidade de *fixação de termo diverso* qual seja entre a edição da norma e o trânsito em julgado da decisão;
4. *Pro futuro* – é possível que seja estabelecido um momento após a declaração de inconstitucionalidade.

Entretanto, seja tido como pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a utilização da eficácia “*ex nunc*” apenas como exceção à regra “*ex tunc*”, houve tanto na doutrina como na jurisprudência entendimentos no sentido que não fosse concedido efeito retroativo em sede de controle abstrato.

Entre os defensores desta corrente, o ex ministro do STF, Leitão de Abreu entendia que a lei inconstitucional não poderia ser considerada nula, porque, tendo sido regularmente editada gozaria de presunção de constitucionalidade.<sup>21</sup>

Da mesma forma, Sálvio de Figueiredo Teixeira, citando Mário Garcia Vilela, revela que:

“se a lei existe e, portanto, rege as situações a que se dirige, “tanto que necessário frustrar-lhe as potencialidades, suspendendo-lhe a execução, é irrecusável que ela, enquanto se manteve incólume, foi capaz de criar direitos, que deverão subsistir,..e que o próprio interesse público poderá reclamá-lo, face à necessidade de assegurar o princípio da certeza e da estabilidade das relações jurídicas”.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> RE 79.343. Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82:792 (795) *apud* MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, São Paulo: Saraiva, 2001, p.314.

<sup>22</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Controle de constitucionalidade no sistema luso-brasileiro*. Revista jurídica LEMI, n.68, p.19, jul. 1973, *Apud*, FERRARI, Regina Marina Macedo Nery, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, São Paulo: RT, 5ª ed., 2004, p.279.

Os defensores desta teoria estão amparados na clássica doutrina de Hans Kelsen e Pontes de Miranda para os quais a lei inconstitucional é anulável e não nula.

“ A lei inconstitucional existiu, validamente, até o momento do pronunciamento da decisão que assim a considera. Dizer que a mesma é simplesmente nula, já que inválida desde o início, como se não tivesse existido, e que tal característica foi apenas constatada através de uma sentença declaratória, é esquecer que toda lei nasce com a presunção de validade do mundo jurídico, gera direitos, deveres e efeitos no plano do ser físico, e neste não há ato humano nulo ou anulável, visto que, uma vez praticado, jamais deixará de ter sido. “pois fora do mundo jurídico não há reversibilidade do tempo”.<sup>23</sup>

Entretanto são raros os que hoje advogam essa causa, onde podemos destacar expoentes como a professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Egas Moniz de Aragão, Oswaldo Luiz Palu, entre outros.

A regra continua a ser a nulidade, sendo que:

“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”<sup>24</sup>

“Gilmar Ferreira Mendes afirma que ainda que se possa identificar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “tentativa no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da anulabilidade”<sup>25</sup>, é majoritário o entendimento no direito brasileiro de que a lei inconstitucional é nula *ipso juri* e que, portanto, a decisão no sentido da inconstitucionalidade tem efeitos *ex nunc* (retroativos).

Entendemos que estão cobertos de razão os defensores da tese de que a lei declarada inconstitucional padece de vícios desde o seu nascimento e que, inobstante durante certo lapso temporal tenha gerado efeitos deverá ser declarada nula desde o seu nascimento, queremos dizer, como se nunca tivesse existido sob pena de, ao entendermos de forma diversa, estarmos negando a supremacia da Constituição Federal conforme firmamos entendimento desde o início desde trabalho.

---

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA, apud BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p.416.

<sup>24</sup> Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, atualizado de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p.360.

<sup>25</sup> GILMAR FERREIRA MENDES. *Jurisdição ...*, op. Cit., p.253.

## 2. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL A PARTIR DA CF/88.

“O Brasil inicialmente adotou o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade (controle judicial difuso), evoluindo aos poucos para um sistema misto e peculiar, que combina o modelo difuso, por via incidental, com o critério concentrado, por via de ação direta.

A Constituição Federal de 1988 manteve em sua plenitude o controle difuso, conferindo a todos os órgãos do Poder Judiciário competência para, diante de um caso concreto, reconhecer a inconstitucionalidade das leis.

Manteve, também, o controle abstrato pelo qual é possível, mediante ação direta, a solução de uma controvérsia constitucional, em teses, acerca da compatibilidade de uma lei com a Constituição”.<sup>26</sup>

### 2.1 Legitimação Ativa

- a. as partes do processo;
- b. terceiros admitidos como intervenientes;
- c. o ministério público que officie no feito como fiscal da lei;
- d. o juiz ou tribunal, de ofício.

### 2.2 Efeitos das Decisões Emanadas do Controle Difuso

Os efeitos das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade operam “*ex tunc*” e “*inter partes*”.

“*Ex tunc*”, diga-se, retroativamente ao momento de incidência da norma inconstitucional, vez que norma declarada inconstitucional é nula, não operando seus efeitos.

“*Inter partes*, porque a eficácia subjetiva da coisa julgada cinge-se às partes do processo, excluídos terceiros, na forma do art. 472 do Código de processo Civil”.<sup>27</sup>

O exercício da jurisdição constitucional através do controle incidental é realizado no modelo difuso, o qual pressupõe a existência de um caso concreto, envolvendo direito subjetivo onde a questão principal não é a questão constitucional, “difuso” traduz a idéia de possibilidade de apreciação da matéria por vários órgãos, portanto, cabível de recurso.

---

<sup>26</sup> VICENTE PAULO, MARCELO ALEXANDRINO. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª ed., Niterói-RJ: Impetus, 2008, p.714-715.

<sup>27</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO. *O Controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 86.

José Carlos Buzanello<sup>28</sup>, “de forma didática adaptou para a Constituição Federal vigente, o quadro analítico elaborado pelo Professor Dilvanir José da Costa para a constituição revogada.

Controle difuso ou incidental – Constituição Federal – art. 102, III, b, c (Exceção de Inconstitucionalidade).

- a. órgão julgador: qualquer Juiz ou Tribunal e o STF para efeito de suspensão da eficácia da norma;
- b. instrumento de legitimação: em qualquer processo, por qualquer das partes;
- c. pedido incidente: declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em face da Constituição Federal;
- d. efeito imediato e abstrato: decorrente de ato posterior de suspensão de execução da norma pelo Senado Federal (art. 52, X) ,após decisão definitiva de inconstitucionalidade pelo STF.

O controle difuso pode ter por objeto normas de qualquer nível (federal, estadual e municipal), enquanto que o outro sistema desampara o controle contra normas municipais em conflito com a Constituição Federal e as leis federal. Por isso o controle incidental direto se impõe como modelo de praticidade e eficiência, contribuindo sobremaneira para a desburocratização e descongestionamento do Judiciário”.

### 3. ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL

#### 3.1 Efeitos Jurídicos da Resolução Senatorial

Matéria controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência são os efeitos temporais decorrentes da declaração definitiva de inconstitucionalidade (controle difuso), como a seguir passaremos a analisar.

A declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário em sede de controle difuso, ainda que proferida pelo Supremo Tribunal Federal opera efeitos “*inter partes*” e “*ex tunc*”.

A Constituição Federal de 1988, no art. 52, inciso X, atribuiu eficácia privativa ao Senado Federal, para que, entendendo conveniente, suspenda a execução da lei, conferindo à decisão do Supremo Tribunal Federal, eficácia “*erga omnes*”.

É conhecido de todos que a declaração pelo Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo conforme supra mencionado, na via incidental (controle difuso), opera efeitos “*inter partes*” e “*ex tunc*”.

Porém, quanto à eficácia do ato editado pelo Senado Federal permanece a divergência entre a doutrina e jurisprudência quanto aos efeitos temporais por esse produzido.

---

<sup>28</sup> JOSÉ CARLOS BUZANELLO, *Controle de constitucionalidade: a Constituição com estatuto jurídico do político*, Revista de informação Legislativa, Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997.

Parte entende que os efeitos operam “*ex tunc*”, parte entende que os efeitos operam “*ex nunc*”.

### 3.2 Eficácia Temporal dos Efeitos da Resolução Senatorial

A fim de que adotemos uma posição em relação aos efeitos temporais decorrentes do ato editado pelo Senado Federal optamos pela adoção de premissas as quais deverão decorrer do questionamento proposto, abaixo transcrito, cujas respostas buscaremos junto à doutrina, jurisprudência e na lei efetivamente.

1. Seria possível que o Senado Federal restringisse os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, entendendo que estes passariam a operar “*ex nunc*” e não mais “*ex tunc*” conforme tenha declarado o Supremo Tribunal Federal?

Entendemos certa a posição de João Bosco Marcial de Castro<sup>29</sup> “quando sustenta que ao suspender a execução da lei declarada inconstitucional o Senado o faz em observância ao princípio da igualdade de todos perante a lei. É matéria de ordem pública”.

A decisão declaratória do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade reconhece a ineficácia do ato legislativo impugnado, portanto, inapto a servir de fundamento para qualquer prática de execução.<sup>30</sup>

É evidente que essa norma que foi declarada inconstitucional pelo STF, no controle concreto, após a suspensão pelo Senado Federal tem por fim evitar que todos aqueles, que se encontrem em situações idênticas, necessitem ajuizar ações visando obter a mesma decisão.

Caso consideremos que a suspensão da execução pelo Senado Federal tenha eficácia a partir da sua publicação, ou seja, “*ex nunc*” imprescindível seria que todos aqueles que se vissem prejudicados viessem a ajuizar ações a fim de desconstituir os efeitos produzidos pela aplicação da norma declarada inconstitucional.

A suspensão da execução pelo senado não tem o condão de revogar a lei declarada inconstitucional, e, só nestes casos admitimos a possibilidade de manutenção dos efeitos

---

<sup>29</sup> JOÃO BOSCO MARCIAL DE CASTRO. *O Controle de Constitucionalidade das Leis e a Intervenção do Senado Federal*. 1ª ed., Porto Alegre, Nuria Fabris, 2008, p.89.

<sup>30</sup> O parágrafo único, do artigo 741 do Código de Processo Civil, tem como inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal

pretéritos, até porque a revogação de uma lei não impede sua aplicação aos casos ocorridos durante sua vigência, o que não ocorre após a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional.

De forma que entendemos não ser dado ao Senado o poder de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal que em regra será “*erga omnes*” e “*ex tunc*”, excepcionadas as possibilidades previstas no art. 27 da Lei 9.868/99.

2. Qual seria o significado do vocábulo “suspensão” contido no instituto “suspensão da execução” o qual foi introduzido na constituição de 1934, incorporado às Constituições de 1946 (art.64), de 1967/69 (art. 42, VII) e mantido no inciso “X” do art. 52 da CF/88?

Entendemos que a suspensão neste caso consistiria na faculdade de estender a todos os efeitos da decisão editada pelo Supremo Tribunal Federal que em princípio restringiam-se apenas entre as partes integrantes do processo originário.

3. Se entendêssemos que os efeitos do ato do Senado que determina a “suspensão” da execução de determinada lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal operasse “*ex nunc*” não estaríamos afirmando que este ato estaria revogando a lei ou o ato declarado inconstitucional?

Entendemos que sim, tendo em vista que a revogação como supra mencionado opera a partir de então, de forma que se mantêm intactos os efeitos jurídicos pretéritos ocorridos na vigência da determinada lei, possibilitando, inclusive, que a lei revogada seja invocada quanto aos fatos ocorridos durante sua vigência.

4. Seria o Senado Federal competente o para revogar leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo STF?

Equiparar a suspensão à revogação da lei significaria atribuir ao Senado uma competência anômala, que foge à lógica do processo legislativo, uma vez que não teria cabimento, de forma nenhuma, que o Senado revogasse uma lei, porque está é um ato cuja produção exige a conjugação das atuações da Câmara, do próprio Senado e do Presidente da república (se for uma lei federal); pior ainda seria a idéia de o Senado Federal revogar uma lei estadual ou municipal. Em suma, a atuação do Senado prevista no art. 52, X, da Constituição não é de modo nenhum, uma atuação legislativa; o Senado federal, nessa situação, está atuando no âmbito do controle de constitucionalidade, simplesmente estendendo a todas as pessoas decisões de eficácia inter partes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Como os efeitos dessas decisões do Supremo tribunal Federal são retroativos, é razoável propugnar que também o seja o ato do Senado Federal (a regra, no âmbito do controle de

constitucionalidade, é a retroatividade, a desconstituição dos efeitos do ato inconstitucional desde a sua edição).<sup>31</sup>

5. Qual seria o objetivo do legislador constituinte ao conferir ao Senado Federal (privativamente) à suspensão da execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional?

Entendemos seja garantir a permanência da ordem e da segurança jurídica firmando para o país a generalidade da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

6. Para parte da doutrina que entende que os efeitos operaram “*ex nunc*” como ficaria o princípio da isonomia perante aqueles que quando da publicação do ato do senado já se encontravam em situações semelhantes ou até mesmo idênticas?

“Não seria compreensível que submetidos ao mesmo ordenamento constitucional, alguns tenham a seu favor a incidência cogente da força normativa da Constituição, enquanto outros se encontram compelidos aos ditames de lei sabidamente declarada inconstitucional”.<sup>32</sup>

7. Quais os efeitos são produzidos pela sentença que declara a inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo no sistema difuso?

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já sedimentou jurisprudência no sentido da nulidade da norma inconstitucional.

Pactuamos desse entendimento face ao princípio da Supremacia da Constituição, a ponto de entendermos que norma inconstitucional é nula “*ipso iure*”.

A regra geral é que as sentenças declaratórias produzem efeitos “*inter partes*” e “*ex tunc*”.

Premissa fundamental da declaração de inconstitucionalidade pelo sistema difuso é a possibilidade jurídico-legal do reconhecimento, pelo Judiciário, da nulidade absoluta da norma violadora, com a conseqüente invalidade de todos os efeitos dela decorrentes no campo social, isso em relação aos litigantes do procedimento, tudo com o fito de possibilitar a recomposição do “*status quo ante*”. Se não fosse retroativa a nulidade da declaração, impossível seria a repetição do indébito gerado pela ilegalidade normativa com enorme prejuízo ao litigante autoral, razão da afirmação de Oswaldo Luiz Palu no sentido de que “Não espanta que, nesse sistema, a nulidade tenha sempre caráter retroativo, o único meio de

<sup>31</sup> VICENTE PAULO, MARCELO ALEXANDRINO. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª ed., Impetus, Niterói-RJ, 2008, p.742.

<sup>32</sup> JOÃO BOSCO MARCIAL DE CASTRO. *O Controle de Constitucionalidade das Leis e a Intervenção do Senado Federal*. 1ª ed., Porto Alegre, Nuria Fabris, 2008, p.89.

trazer efeitos práticos para as partes”, daí porque “... a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para o caso é sua nota característica”.<sup>33</sup>

Diferentemente da doutrina predominante no magistério de Oswaldo Luiz Palu “..O Senado Federal, atuante no controle de constitucionalidade, é órgão político: O Senado Federal não aprecia fatos e sua resolução não tem efeitos retroativos”.<sup>34</sup>

Entretanto, Moreira Alves destaca que a lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações.<sup>35</sup> Isso ocorre porque a sentença não desconstitui a lei declarada inconstitucional, apenas reconhece a existência de um ato viciado e, por esse motivo, produz efeitos “*ex tunc*” retroagindo até o nascimento da norma impugnada.<sup>36</sup>

Clèmerson Merlin Clève afirma<sup>37</sup>:

“O ato judicial não desconstitui (puro efeito revogatório) a lei como ocorre, por exemplo, em outros modelos de fiscalização da constitucionalidade, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado. E, por esse motivo, a decisão produz efeitos “*ex tunc*”, retroagindo até o nascimento da norma impugnada”.

E registra que:

“A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a *ab initio*”.<sup>38</sup>

“A Constituição mencionou expressamente que a decisão que reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade é declaratória”.<sup>39</sup>

8. A vantagem se operaria somente em relação aos processos futuros, ou seja, a partir da data da publicação do ato do senado?

Firmamos entendimento de que o ato do senado mantém os efeitos da declaração do Supremo Tribunal Federal, de forma que possui efeitos “*erga omnes*” e “*ex tunc*”.

<sup>33</sup> PALU, OSWALDO LUIZ. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. ed.rev. ampl. E atual. De acordo com as Leis 9.868 e 9.882/1999. São Paulo. RT, 2001, p.269.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p.269-270

<sup>35</sup> Rp. 980, rel. Min. Moreira Alves. RTJ 96:496(508)

<sup>36</sup> CLÈVE, Clemerson. *Apud* FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2ª ed., 2005, p.70-71.

<sup>37</sup> CLÈVE, Clemerson. *Apud* FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2ª ed., 2005, p.75.

<sup>38</sup> CLÈVE, CLEMERSON. *Apud* FERREIRA, Olavo Alves. Op. Cit., p.71.

<sup>39</sup> “Art. 52, X – suspender a execução, no todo ou em parte, de Lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”; e “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo do poder público”; a Art. 102, III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única e última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou Lei federal”; todos da Constituição Federal.

9. A lei declarada inconstitucional é “nula” ou é “anulável”?

A grande maioria dos doutrinadores apontam para a nulidade do ato inconstitucional que é destituído de qualquer carga de eficácia jurídica.

O efeito “*ex tunc*” decorre da sanção nulidade consagrada pelo princípio da supremacia da Constituição a qual dispõe que a inconstitucionalidade é declarada.

Já decidiu o Ministro Celso de Mello:

“Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta política, sob pena de ineficácia e conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica”.<sup>40</sup>

10. E o princípio da Supremacia da Constituição, ainda que por tempo limitado, permite que se pressuponha a validade de uma lei inconstitucional?

Conforme assevera Olavo A. V. Alves Ferreira,

“O efeito “*ex tunc*” é o único admitido validamente pelo ordenamento pátrio, que ao nosso ver, não comporta exceção válida, visto que qualquer exceção afrontaria o Texto Fundamental, especificamente os princípios da supremacia da Constituição e da nulidade da lei inconstitucional.”<sup>41</sup>

A partir das respostas às quais entendemos mais coerentes, das teses doutrinárias estudadas bem como dos posicionamentos da jurisprudência passaremos a adotar uma postura quanto ao tema abordado, tendo em vista a importância da determinação do momento a partir do qual a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional deixará de surtir efeitos.

Suscita controvérsias a definição do vocábulo “suspender” conforme passaremos a analisar: suspender poderá significar: interromper temporariamente; impedir por algum tempo a publicação de; deixar pendente; pendurar; ficar suspenso; Impedir de executar ou de fazer, interromper temporariamente: fazer cessar, impedir: *fazer parar*, interromper a ação de... O que induz a noção de que os efeitos decorrentes da “suspensão” seriam prospectivos, ou seja, “*ex nunc*”.

<sup>40</sup> STF – Pleno ADIn 652-5 MA- Questão de Ordem –Rel. Min. Ceso de Mello em 05.08.1992, DJU de 11.06.1993, p.11.529.

<sup>41</sup> OLAVO A.V. ALVES FERREIRA. *Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos*. 2ª ed., Método, São Paulo, 2005, p.79.

Quanto à nulidade ou anulabilidade da lei declarada inconstitucional, muitas foram às teorias construídas. Entre as que mais se destacam encontramos a retratada, na obra *Controle de Constitucionalidade*, pelo Ministro Gilmar Mendes:

“Como modelo de coalisão, o *Rechtsgeltungsmodell* pressupõe a unidade do ordenamento jurídico e a supremacia da Constituição. Não obstante, as duas teorias apresentam diversidade de fundamentação. O modelo de validade jurídica considera as normas constitucionais como condições jurídicas de validade (*Rechtsgeltungsbedingungen*) que devem ser preenchidas para edição do ato normativo. Como decorrência lógica dessa premissa, pode-se afirmar que a lei não chegou sequer a ser editada, se as condições de validade- formais e materiais – não foram satisfeitas. É o que afirma Ipsen, asseverando que, como consequência do *Rechtsgeltungsmodell* pode surgir apenas norma aparente (*Scheinnorm*), que eventualmente, emprestará uma duradoura aparência jurídica, não porém, uma validade originária (*originäre Rechtsgeltung*)”.<sup>42</sup>

Posteriormente, O Ministro, segundo lições de Kelsen afirma que:

“... apreciando a questão relativa à lei promulgada sem observância dos pressupostos constitucionais, asseverava Kelsen, então, que não se cuidava, propriamente, de um injusto (*Unrecht*), sem sentido jurídico, nem de um ato estatal viciado, mas de um nada jurídico (*rechtlich überhaupt nichts*)”.<sup>43</sup>

Este é o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, senão vejamos:

“Encarada sob o ângulo dos princípios informativos da criação das normas de direito, só podemos afirmar a existência de leis constitucionais. Isto porque, ou ela foi produzida em conformidade com a Constituição, que é quem diz o que é direito em um determinado sistema, ou ela foi gerada em dissonância com o prescrito pela norma constitucional e neste caso não pode pretender ser lei. A afirmação, segundo sempre do ponto de vista da técnica jurídica, da possibilidade de existência de leis inconstitucionais é contraditória. Ao mesmo tempo em que se admite que só adquire a condição de lei o que for elaborado em conformidade com a norma constitucional, por outro lado, admite-se que algo, embora padecendo do vício gravíssimo de inconstitucionalidade, em razão da infringência do Texto Maior, ainda assim, contudo, esse algo existe. Com vistas unicamente à teoria da criação do direito, ou a lei é constitucional para que possa existir, ou em caso contrário não se reveste nem mesmo da condição de lei, sendo dispiciendo o afirmar-se se é constitucional ou não. Em resumo: em nome do princípio da validade da norma em função da adequação à norma hierárquica, conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula, írrita, inválida, inexistente”.<sup>44</sup>

Também é defensor da tese, no sentido de que o efeito da Resolução opera “*ex tunc*” Teori Albino Zavascki, citando o pronunciamento do Senador Accioly Filho, de 1971.

Decorre da doutrina que entende que a decisão que determina inconstitucional determinada lei ou ato normativo possua conteúdo declaratório.

<sup>42</sup> GILMAR FERREIRA MENDES. *Controle da Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 17/18.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p.19

<sup>44</sup> CELSO RIBEIRO BASTOS. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.47.

“A resolução do Senado que “suspende a execução” opera a universalização dessa consequência: importa reconhecimento estatal de que a norma em questão jamais teve aptidão para incidir, e, portanto não incidiu em qualquer situação. É como se houvesse uma “revogação ex tunc”. Em decorrência disso, aos aplicadores do direito já não será dado invocar a norma suspensa, nem em relação aos fatos ocorridos no passado”.<sup>45</sup>

Francisco Accioly Filho aduz com veemência que:

“..aquilo que é inconstitucional é natimorto, não tem vida, e, por isso, não produz efeitos, e aquelas consequências jurídicas que porventura ocorreram ficam desconstituídas desde as suas raízes, como se não tivessem ocorrido”.<sup>46</sup>

Como citado anteriormente, não há consenso doutrinário quanto aos efeitos produzidos pelo ato do Senado Federal editado nos termos do art. 52, X da CF/88.

Além dos já citados, autores como José Afonso da Silva, Themístocles Cavalcanti e Bandeira de Mello igualmente defendem a tese de que a Resolução oriunda do senado confere efeito “*ex nunc*”:

“No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos “ex tunc”, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí para diante, “ex nunc”. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.”<sup>47</sup>

Conforme posição adotada entendemos que o ato editado pelo senado retroage à data da publicação da lei, portanto, a lei que teve declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal é nula, sendo passíveis de desconstituição, todos os atos constituídos sob a sua égide; respeitados o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

<sup>45</sup> TEORI ALBINO ZAVASCKI. *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT,1999,p.32.

<sup>46</sup> FRANCISCO ACCIOLY FILHO. *Declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto. Suspensão de execução do ato inconstitucional pelo Senado federal. Extensão da competência. Efeitos*. Parecer. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.48, p.267, out./dez. 1975, *Apud* REGINA MARIA MACEDO NERY, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. São Paulo, RT, p.276-277.

<sup>47</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

## CONCLUSÕES

A Constituição considerada Lei Suprema é à base de todo o ordenamento jurídico.

Toda a legislação infraconstitucional sob pena de ser declarada inconstitucional deverá ser editada conforme determina a Lei Suprema que incontestavelmente é superiormente hierárquica.

A Lei declarada inconstitucional em controle concreto (difuso) indiscutivelmente gera efeitos “*inter partes*” e “*erga omnes*”.

Entretanto conforme dispõe o art. 52, inciso X da Constituição Federal de 1988 coube ao Senado Federal privativamente, que “após” declarada inconstitucional (controle difuso) lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, aquele poderá.... “*suspende a execução da lei, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

Entendemos por decisão definitiva aquela da qual não cabem mais recursos, ou seja, tenha transitado em julgado; de forma que a suspensão deverá dar-se nos limites determinados pelo Supremo, sem possibilidade de extensão ou restrição de seus efeitos.

É entendimento sedimentado pela corte suprema que a lei declarada inconstitucional em regra, é nula “*ipso iuri*” de forma que ao suspender a execução da lei o Senado deverá mantê-lo, retroagindo, portanto, seus efeitos jurídicos à data em que houve sua publicação.

Admirável é a posição adotada por João Bosco Marcial de Castro, já colacionada “*quando sustenta que ao suspender a execução da lei declarada inconstitucional o Senado o faz em observância ao princípio da igualdade de todos perante a lei*”, pois além de justa é inteiramente adequada ao princípio constitucional disposto no art. 5º da Constituição Federal da República do Brasil, qual seja:

**“ Art. 5.º Todos somos iguais perante a lei,.....”**

## REFERÊNCIAS

- ACCIOLY FILHO, Francisco. *Declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto. Suspensão de execução do ato inconstitucional pelo Senado Federal. Extensão da competência. Efeitos. Parecer.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.48, out./dez. 1975, Apud REGINA MARIA MACEDO NERY, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.* São Paulo: RT, 2004.
- ALVIM, José Manoel de Arruda. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1958.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARROS CARVALHO, Paulo de. *Direito Tributário, Fundamentos jurídicos da Incidência.* 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.* São Paulo: Saraiva, 2004.
- BUZANELLO, José Carlos. *Controle de constitucionalidade: a Constituição com estatuto jurídico do político,* Revista de informação Legislativa, Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997.
- CARRAZZA, Roque Antônio Carrazza. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- CASTRO, João Bosco Marcial de. *O Controle de Constitucionalidade das Leis e a Intervenção do Senado Federal.* 1ª ed., Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. Apud FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos.* São Paulo: Método, 2ª ed., 2005.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade,* 5ª ed. ver. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2004
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação.*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 18ª ed., São Paulo: Saraiva., 1990.
- FERREIRA, Olavo A.V. Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos.* 2ª ed., São Paulo: Método, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 5ª ed. revista da tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, São Paulo: RT, 2007.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Mandado de Segurança,* atualizado de Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle da Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes coordenadores, São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

PALU, Oswaldo Luis. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed. ed.rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/1999. São Paulo: RT, 2001.

PONTES DE MIRANDA, in BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

RE 79.343. Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82:792 (795) .

Rp. 980, rel. Min. Moreira Alves. RTJ 96:496 (508)

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STF, Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário n. 219.934-SP, Relatora Min. Ellen Gracie, *Informativo 365*.

STF – Pleno ADIn 652-5 MA- Questão de Ordem –Rel. Min. Celso de Mello em 05.08.1992, DJU de 11.06.1993, p.11.529.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Controle de constitucionalidade no sistema luso-brasileiro*. Revista jurídica LEMI, n.68, p.19, jul. 1973, *Apud*, FERRARI, Regina Marina Macedo Nery, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 5ª ed., 2004.

VICENTE Paulo, MARCELO Alexandrino. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª ed., Niterói-RJ: Impetus, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino Zavascki. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 1999.