

mentos dos tribunais dos Estados<sup>17</sup>. Em 1819, no julgamento de *McCulloch v. Maryland*<sup>18</sup>, voltou a apreciar a constitucionalidade de uma lei federal (pela qual o Congresso instituía um banco nacional), que, no entanto, foi reconhecida como válida. Somente em 1857, mais de cinquenta anos após a decisão em *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte voltou a declarar uma lei inconstitucional, na polêmica decisão proferida em *Dred Scott v. Sandford*<sup>19</sup>, que acirrou a discussão sobre a questão escravista e desempenhou papel importante na eclosão da Guerra Civil.

*Marbury v. Madison*, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.

17. *VI. Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810); *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816); *Cohens v. Commonwealth of Virginia* (6 Wheat.) 264 (1821). Ao justificar esse poder da Suprema Corte, escreveu o Ministro Oliver Wendell Holmes, em seu trabalho doutrinário (*Law and the courts*. In: *Collected Legal Papers* 295-6, 1920): “Eu não creio que os Estados Unidos pereceriam se nós perdessemos o poder de declarar um Ato do Congresso nulo. Mas penso que a União estaria em perigo se não pudesssemos declarar inconstitucionais as leis dos diversos Estados”.

18. 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). Esta decisão, na qual a Corte considerou válida a criação de um banco nacional pelo Congresso (*Bank of the United States*) e inválida a tributação de suas atividades pelo Estado de Maryland, é mais conhecida pelo estabelecimento da denominada teoria dos poderes implícitos, pela qual é legítimo o desempenho pela União de competências que não estão expressas na Constituição, mas são necessárias e apropriadas para a realização dos fins nela estabelecidos.

19. 19 How. (60 U.S.) 393 (1857). Nesta decisão, a Suprema Corte estabeleceu que negros, ainda quando pudesse ser cidadãos à luz da legislação de algum Estado da Federação, não eram, todavia, cidadãos dos Estados Unidos e, consequentemente, não poderiam ajuizar ações perante juízes e tribunais federais. Afirmou, ainda, que o Congresso exorbitou de seus poderes e violou a propriedade privada ao proibir ou abolir a escravidão em determinadas áreas. A decisão trouxe imenso desrespeito para a Suprema Corte e somente foi superada após a Guerra Civil, com a aprovação das emendas 13 e 14 à Constituição. É considerada pelos estudiosos a pior decisão jamais proferida pela Suprema Corte (v. Kermitt L. Hall [editor], *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999, p. 278).

### III — O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE<sup>20</sup>

Uma das grandes *descobertas* do pensamento moderno foi a Constituição, entendida como lei superior, vinculante até mesmo para o legislador<sup>21</sup>. A supremacia da Constituição se irradiia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada. Sem embargo, a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta, desadamente, os atos emanados dos órgãos de poder e, portanto, públicos por natureza. As condutas privadas violadoras da Constituição são igualmente sancionadas, mas por via de instrumentos diversos dos que são aqui considerados<sup>22</sup>.

A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo. A contrariedade a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade aqui estudados. Cabe indagar: um ato inconstitucional é inexistente, inválido ou ineficaz? Ou é tudo isso, simultaneamente? O domínio adequado desses conceitos e a uniformização da terminologia, nem que seja por mera convenção, ajudam a superar dificuldades aparentes e reduzem os problemas a sua dimensão real<sup>23</sup>.

20. Hans Kelsen, *Teoría para el derecho*, 1979; Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 1985; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. I, 1954, e t. 4, 1970; Miguel Reale, *Filosofía do direito*, 2002; *Ligões preliminares de direito*, 2002; *Teoria tridimensional do direito*, 1968; Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 2002; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, 1979; Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 1999; Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; Daniel Sarmiento, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, 2001.

21. Mauro Cappelletti, *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1984, p. 10.

22. V. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. 6, 2001, p. 10: “Não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a elas também vinculadas, e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Estas violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado”.

23. Na aguda observação de Sampaio Dória, *Curso de direito constitucional*, v. 1,

## 1. Existência, validade e eficácia dos atos jurídicos e das leis

A função social do Direito é a disciplina da vida social, com base em valores e fins legitimamente estabelecidos. O constituinte, o legislador e, em certos casos, o administrador submetem à normatividade do Direito determinados fatos humanos e naturais, transformando-os em fatos jurídicos. Os fatos jurídicos resultantes de uma manifestação de vontade denominam-se *atos jurídicos*. É nessa categoria que se inserem as normas jurídicas, que são atos emanados dos órgãos constitucionalmente autorizados, tendo por fim criar ou modificar as situações nelas contempladas.

Os atos jurídicos em geral, e as normas jurídicas especificamente, comportam análise em três planos distintos e inconfundíveis: o de sua existência, o de sua validade e o de sua eficácia. Por força de infindáveis controvérsias havidas no âmbito do direito civil, essas categorias, que integram na verdade a teoria geral do Direito, não foram plenamente exploradas pelo direito público. Nada obstante, notadamente em tema de inconstitucionalidade, sua validade é inestimável.

### 1.1. O plano da existência<sup>24</sup>

Como já se viu, nem todos os fatos da vida são relevantes para o Direito. Apenas alguns deles, pelo fenômeno da juridicização, passam do mundo dos fatos para o mundo jurídico. A existência de um ato jurídico — que pressupõe, naturalmente, uma manifestação no mundo dos fatos — verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência<sup>25</sup>. É possível distinguir, dentre esses elementos, os que se poderiam dizer *comuns*, porque indispensáveis a qualquer ato jurídico (como agente, objeto e forma), e os que são específicos de determinada categoria de atos<sup>26</sup>.

24. Prefácio: “Os homens dissentem mais em virtude da equivocidade da linguagem que usam, do que pelas concepções que tenham das realidades em si”.

25. Sobre o tema, v. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico — plano da existência*, 2003.

26. V. Sérgio de Andréa Ferreira, Invalidade de norma, *RDP*, 57:58, 1981, p. 150 e s. A ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Será, por via de consequência, um ato inexistente, do qual o Direito só se ocupará para repeli-lo adequadamente, se necessário. Seria inexistente, por exemplo, uma “lei” que não houvesse resultado de aprovação da casa legislativa, por ausente a manifestação de vontade apta a fazê-la ingressar no mundo jurídico.

### 1.2. O plano da validade

Existindo o ato, pela presença de seus elementos constitutivos, sujeita-se ele a um segundo momento de apreciação, que é a verificação de sua validade. Aqui, cuida-se de constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição. Não basta, por exemplo, para a prática de um ato administrativo, que exista o *elemento* agente público. De tal agente exige-se algo mais, um *atributo*: que seja competente. Por igual, exteriorizado o ato, estará presente a *forma*. Mas esta há de subsumir-se à prescrição legal: verbal ou escrita, pública ou privada, conforme o caso. E, ainda, não é suficiente que o ato tenha um determinado *objeto*, pois este tem de ser lícito e possível.

Em síntese: se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será *existente*. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade, o ato, que já existe, será também *válido*. A ausência de algum dos requisitos conduz à invalidade do ato, à qual o ordenamento jurídico, considerando a maior ou menor gravidade da violação, comina as sanções de nulidade e anulabilidade.

Dentro da ordem de ideias aqui expostas, uma lei que contrarie a Constituição, por víncio formal ou material, não é *inexistente*. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com o regimento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a *vigência* de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade<sup>27</sup>.

27. Para o emprego do termo *validade* em acepções diversas, v. Miguel Reale, *Licções preliminares de direito*, 1990, p. 105: “A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (*vigência*), o da validade social

### 1.3. O plano da eficácia<sup>28</sup>

A eficácia dos atos jurídicos consiste em sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seu efeito *típico*<sup>29</sup>, que é o de regular as situações nela indicadas. Eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma<sup>30</sup>.

A inconstitucionalidade, portanto, constitui vício aferido no plano da validade. Reconhecida a invalidade, tal fato se projeta para o plano seguinte, que é o da eficácia: norma inconstitucional não deve ser aplicada. Veja-se um exemplo ilustrativo. Suponha-se que a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação aprove um projeto de lei definindo um tipo penal específico de “pichação de bem público”, cominando pena de detenção. No momento em que o Governador do Estado sancionar o projeto aprovado, a lei passará a existir. A partir de sua publicação no Diário Oficial, ela estará em vigor e será, em tese, eficaz. Mas a lei é inválida, porque flagrantemente inconstitucional: os Estados-membros não podem legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I). Tal circunstância deverá ser reconhecida por juízes e tribunais, que, diante da invalidade da norma, deverão negar-lhe aplicação e eficácia.

Conforme a modalidade de controle de que se esteja tratando (v., *infra*), a ineficácia se dará apenas em relação às partes do processo ou a todas as pessoas indistintamente. E o que acontece com a lei, no plano da existência? No sistema brasileiro, a exemplo do modelo americano, a lei declarada

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal — seja em ação direta, seja incidentalmente, com a subsequente suspensão pelo Senado Federal — não deverá mais ser aplicada, mas não há um ato formal que a elimine do mundo jurídico. Embora ela passe a ser letra morta, não é retirada expressamente de vigência.

O reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não se confunde, quer em suas causas, quer em seus efeitos, com sua *revogação*. A revogação consiste na retirada de uma norma do mundo jurídico, operando, portanto, no plano da existência dos atos jurídicos<sup>31</sup>. Como regra, decorrerá de nova manifestação de vontade do próprio órgão que a havia editado, e seus efeitos somente se produzem para o futuro, *ex nunc*. A declaração de inconstitucionalidade, ao revés, é competência *judicial*, e, de ordinário, seus efeitos serão retroativos.

## 2. Nullidade da norma inconstitucional

Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. E a falta de validade traz como consequência a nulidade ou a anulabilidade<sup>32</sup>. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a de nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito. Tal doutrina já vinha proclamada no *Federalista*<sup>33</sup> e foi acolhida por Marshall, em *Marbury v. Madison*:

“Assim, a particular linguagem da constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, que se supõe essencial a

<sup>28</sup> Sobre o tema, v. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico — plano da eficácia*, 1<sup>a</sup> parte, 2003.  
<sup>29</sup> Flávio Bauer Novelli, A eficácia do ato administrativo, *RDA*, 60:16, 1960, p. 21: “Para distinguir o efeito através do qual se cumpre a função específica do ato (ou fato), de outros e diversos efeitos jurídicos que o mesmo pode produzir, chama-se ao primeiro efeito final, típico, principal ou definitivo”.

<sup>30</sup> José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1999, p. 66.  
<sup>31</sup> A revogação de uma lei, por ato do Congresso (ou de um regulamento, pelo Chefe do Executivo), dá-se em função de um juiz de conveniência e oportunidade, no exercício de competência discricionária. Sobre a revogação de leis, dispõe o § 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

<sup>32</sup> Sobre a distinção entre nulidade e anulabilidade, v. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 4, 1954, p. 29-30.

<sup>33</sup> Hamilton, Madison e Jay, *The Federalist papers*, selecionados e editados do original por Roy Fairfield, 1981. No Federalista n. 78, de autoria de Alexander Hamilton, liga-se: “Alguma perplexidade quanto ao poder dos tribunais de pronunciar a nulidade de atos legislativos contrários à constituição tem surgido (...) Nenhum ato contrário à constituição pode ser válido”.

todas as constituições escritas, de que uma lei contrária à constituição é nula”<sup>34</sup>.

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato<sup>35</sup>.

Corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório — e não constitutivo —, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, como regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nella voltar ao *status quo ante*. Na prática, como se verá mais à frente, algumas situações se tornam irreversíveis e exigem um tratamento peculiar, mas têm caráter excepcional.

A tese de que norma inconstitucional é nula prevaleceu nos Estados Unidos, embora tenha sofrido algumas attenuações a partir dos anos 60 do século passado<sup>36</sup>. Foi acolhida, ademais, em praticamente todos os países que adotaram o modelo de controle judicial de constitucionalidade, sem

34. 5 U.S (1 Cranch) 137 (1803).

35. Em sentido contrário, embora atenuado, v. Gilmar Ferreira Mendes, *O controle de constitucionalidade*, 1990, p. 19: “O dogma da nulidade não constitui postulado lógico-jurídico de índole obrigatoria, comportando soluções intermediárias, nos termos consagrados pelo ordenamento jurídico”.

36. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, a partir da década de 60, passou a admitir exceções à regra da retroatividade, tanto em casos criminais (e.g., *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 [1965]) como em casos cíveis (*Chevron Oil v. Huson*, 404 U.S. 97 [1971]). Em julgados posteriores, como *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1987), e *Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993), a Corte sinalizou com a volta a uma postura mais ortodoxa em tema de retroatividade. V., sobre o tema, Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000, p. 218 e s. Em português, Daniel Sarmiento, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, p. 112-14.

embargo da previsão expressa ou tácita de uma ou outra exceção, como em Portugal<sup>37</sup>, Espanha<sup>38</sup>, Alemanha<sup>39</sup> e Itália<sup>40</sup>. Somente na Áustria, fiel à doutrina

37. Em Portugal, o art. 282.1 da Constituição prevê: “A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reprimiriação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”. Mas há um temperamento, contemplado no art. 282.4: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevância, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.º 1 e 2”. Sobre a jurisdição constitucional em Portugal, v. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. 6 (Inconstitucionalidade e garantia da constituição), 2001.

38. Na Espanha, o art. 116, a, ressalvou da retroatividade os efeitos decorrentes de decisões judiciais anteriores já transitadas em julgado. A jurisprudência tem estendido a exceção a outros casos. Sobre a jurisdição constitucional na Espanha, v. Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en España*, in D. García Belaunde e F. Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, 1997.

39. Na Alemanha, a Lei Orgânica da Corte Constitucional prevê a figura da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (v., *infra*), pela qual se reconhece a ilegitimidade constitucional, gerando para o legislador o dever de tomar medidas para suprir o estudo de inconstitucionalidade. Sobre jurisdição constitucional na Alemanha, v. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 1999; e Peter Häberle, *El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional*, in D. García Belaunde e F. Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, 1997.

40. Na Itália, tanto o advento da coisa julgada como o decurso dos prazos de decadência e prescrição limitam os efeitos retroativos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. V. Temistio Martines, *Diritto costituzionale*, 1986, p. 571-6: “Ocore adesso chiedersi sino a che punto si estende l’efficacia retroattiva della sentenza o, il che è lo stesso, la disapplicazione della legge costituzionalmente illegittima. Sembra, al riguardo, che il punto d’arresto sia dato dai rapporti già regolati in via definitiva dalla legge costituzionale, quali sono quelli disciplinati da sentenze passate in giudicato o da atti amministrativi che siano definitivi, ovvero ancora dai rapporti per i quali siano decorsi i termini di prescrizione o di decadenza; con una sola eccezione, che è quella prevista nell’art. 30, comma IV, legge n. 87 del 1953, a norma del quale ‘Quando in applicazione della norma dichirata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabili di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali’” (É preciso, agora, indagar até que ponto se estende a eficácia retroativa da sentença ou, o que é o mesmo, a desaplicação da lei constitucionalmente ilegítima. Parece que o ponto de inflexão é dado pelas relações já reguladas de forma definitiva pela lei inconstitucional, tais como as disciplinadas por sentenças passadas em julgado ou por atos administrativos que se hajam tornado definitivos, ou mesmo, ainda, pelas relações para as quais tenham decorrido os prazos de prescrição ou de decadência; com uma única exceção, que é a prevista no art. 30, inciso IV, da Lei n.º 87 de 1953, por força do qual “Quando, por aplicação da norma declarada inconstitucional, foi proferida uma sentença condenação irrecorribel, extinguem-se-lhe a execução e todos os efeitos penais” — tradução livre).

trina de Kelsen (*v. infra*), prevaleceu o entendimento de que a lei constitucional é meramente *anulável*, de modo que a decisão que reconhece tal situação tem efeito constitutivo e, como regra, efeitos prospectivos, isto é, *ex nunc*.

A teoria da nulidade da norma constitucional foi amplamente acomida no Direito brasileiro desde o início da República, quando Ruy Barbosa averiou que “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula”<sup>41</sup>. Na mesma linha seguiram os autores de textos clássicos sobre o tema — como Francisco Campos<sup>42</sup>, Alfredo Buzaid<sup>43</sup>, Castro Nunes<sup>44</sup> e Lúcio Bittencourt<sup>45</sup> —, em substancial reprodução da doutrina americana na matéria. Esse é o entendimento que prevalece ainda hoje, mas que já não é absoluto. Ao longo do tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fez alguns temperamentos à aplicação rígida da tese, e, já agora, a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, ampliou a competência discricionária da Corte relativamente à pronúncia de nulidade e o consequente caráter retroativo da decisão. A questão voltará a ser tratada logo à frente.

41. Ruy Barbosa, *Os actos unconstitutionalaes do Congresso e do Executivo ante a justiça federal*, 1893, p. 47.

42. Francisco Campos, *Direito constitucional*, v. I, 1956, p. 430-1: “Um ato ou uma lei unconstitutional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei unconstitutional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei unconstitutional nem mesmo produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido”. Note-se o emprego impróprio, à luz da terminologia vigente, da expressão lei *inexistente*, quando a aplicável seria lei *inválida*.

43. Alfredo Buzaid, *Da ação de declaração de unconstitutionalidade no direito brasileiro*, 1958, p. 132: “Lei unconstitutional é, portanto, lei absolutamente nula. A sentença, que decreta a unconstitutionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a *ab initio*. Embora executória até o pronunciamento definitivo do poder judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*”.

44. José de Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, 1943, p. 588-9.

45. Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 1997, p. 131: “A unconstitutionalidade da lei, uma vez reconhecida e declarada pelos tribunais, tem como consequência necessária ou a sua revogação, ou a sua *inexistência*, ou a sua *ineficácia*”. Na terminologia de Lúcio Bittencourt, dava-se a revogação na hipótese de lei anterior à Constituição e com ela incompatível; a inexistência quando a lei não observasse as formalidades do processo legislativo; e a ineeficácia quando a lei fosse incompatível com a Constituição. Neste último caso, sustentava que os tribunais deviam *desconhecer-las*.

### 3. *Kelsen v. Marshall: a tese da anulabilidade da norma unconstitutional*

Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, através da Constituição da Áustria, em 1920, aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929. Professava ele uma visão doutrinária bem diversa daquela que prevaleceu nos Estados Unidos com a instituição do *judicial review*. O assunto é tratado em mais detalhes adiante, mas cumpre destacar que, para Kelsen, o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como atividade legislativa negativa. Idealizador do controle concentrado em um tribunal constitucional, considerava que a lei unconstitutional era válida até que uma decisão da corte viesse a pronunciar sua unconstitutionalidade. Antes disso, juízes e tribunais não poderiam deixar de aplicá-la. Após a decisão da corte constitucional, a lei seria retirada do mundo jurídico.

Por essa linha de entendimento, a lei unconstitutional não seria nula, mas meramente anulável. Vale dizer: a unconstitutionalidade não geraria uma nulidade, mas tão somente a anulabilidade do ato. Como consequência, a decisão que a reconhecesse teria natureza *constitutiva negativa* e produziria apenas efeitos *ex nunc*, sem retroagir ao momento de nascimento da lei. Citando Volpe, García de Enterría procura demonstrar uma razão histórica para a posição restritiva da atuação do Judiciário: Kelsen queria com isso evitar um *governo de juízes*, numa época em que havia certa *revolta dos juízes contra a lei*. O mundo germânico vivia a influência de algumas posições românticas, como as da *Escola livre do direito e da Jurisprudência livre*. Proibindo os juízes de deixar de aplicar as leis, procurava submeter a jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento<sup>46</sup>.

A tese da anulabilidade da lei unconstitutional e do caráter constitutivo negativo da decisão que reconhece a unconstitutionalidade não teve adesão expressiva da doutrina nem dos ordenamentos positivos. Exceto pela Áustria, tal formulação não prevaleceu nem mesmo na Alemanha, tampouco nos demais países da Europa. No Brasil, foi defendida com brilho por Regina Macedo Nery Ferrari<sup>47</sup>, em sede doutrinária, e pelo Ministro Leitão

46. Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 1991, p. 57-9.

47. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de unconstitutionalidade*, 1999, p. 275: “A norma constitucional é simplesmente anulável, visto que esta qualidade lhe é imposta por um órgão competente, conforme o ordenamento jurídico, e que opera,

de Abreu, em voto vencido proferido no Supremo Tribunal Federal<sup>48</sup>. É inegável, porém, que a teoria da nulidade da lei inconstitucional, conquanto vencedora, teve de fazer concessões e abrir exceções.

#### 4. Algumas atenuações à teoria da inconstitucionalidade como nulidade

Como visto, prevalece no Brasil, em sede doutrinária e jurisprudencial, com chancela do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa, restando inválidos todos os atos praticados com base na lei impugnada<sup>49</sup>. A Constituição brasileira não contempla a possibilidade, admitida expressamente na Carta portuguesa, de limitação dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade (v., *supra*). E, assim, como regra geral, os tribunais permaneceram fiéis ao dogma da nulidade da lei inconstitucional.

A vida, contudo, na aguda observação de Clémerson Merlin Clève, é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. Foi inevitável, assim, que em algumas hipóteses excepcionais se admitisse o temperamento da regra geral, suprimindo ou attenuando o caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade, em nome de valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica. Vejam-se alguns exemplos, colhidos em decisões do próprio Supremo Tribunal Federal ou em manifestações bem fundadas da doutrina:

- a) Em nome da boa-fé de terceiros e da teoria da aparência, o STF deixou de invalidar atos praticados por funcionário investido em cargo público com base em lei que veio a ser declarada inconstitucional<sup>50</sup>.
- b) Em nome da irreduzibilidade de vencimentos, o STF pronunciou-se, relativamente à remuneração indevida percebida por servidores públicos (magistrados), no sentido de que a “retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional — mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”<sup>51</sup>.

c) Em nome da proteção à coisa julgada, há consenso doutrinário em que a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, não desconstitui automaticamente a decisão baseada na lei que veio a ser invalidada e que transitou em julgado, sendo cabível ação rescisória, se ainda não decorrido o prazo legal. Caso se tenha operado a decadência para a rescisão, já não será possível desfazer o julgado<sup>52</sup>.

50. *RTJ*, 100:1086, 1982, RE 78.533-SP, rel. Min. Decio Miranda. A hipótese referia-se à validade de uma penhora realizada por oficial de justiça cuja nomeação fora feita com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional.

51. *DJU*, 8 abr. 1994, RE 122.202, rel. Min. Francisco Rezek. Para uma fundamentação crítica a essa decisão, v. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 405 e s., especialmente p. 418-9.

52. V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, 1990, p. 280; Clémerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 252; Daniel Sarmiento, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, p. 115. V., sobre o tema, interessante trabalho de Gustavo Tepedino, Dos efeitos retroativos da declaração incidental de inconstitucionalidade e a coisa julgada em favor da Fazenda Pública, in *Temas de direito civil*, 1999. E também: Cármem Lúcia Antunes Rocha, *Consti-tuição e constitucionalidade*, 1991, p. 198 e s.; e Sacha Calmon Navarro Coelho, Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de decisão anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no direito tributário, *RT-CDTFP*, 15:200, 1996.

eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida até a decretação de sua inconstitucionalidade. Em decorrência disso, a sentença que declara a inconstitucionalidade é do tipo constitutiva (...). A posição já era defendida por Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, 1970, p. 621): “A Constituição de 1934, no art. 179, criou a exigência da maioria absoluta dos juízes, para que a decisão pudesse ser favorável à alegação de inconstitucionalidade. Seguiu-lhe a trilha a de 1946, art. 200; e agora a de 1967, art. 116. Seria estranhamente despropositado que tão sumiso julgamento fosse necessário a simples *statement of fact*. Os três artigos, o de 1934, o de 1946 e o de 1967, mostram que se tem por lei a lei contrária à Constituição: ela é, posto que *nulamente* seja. A decisão que negasse a inconstitucionalidade arguida seria declarativa; a que afirmasse, não: desconstituiria; é como qualquer decisão que, a respeito de negócio jurídico nulo para A, ou B, decreta a nulidade”. José Afonso da Silva também parece sustentar a natureza constitutiva da sentença de inconstitucionalidade. V. *Curso de direito constitucional positivo*, 2001, p. 53.

48. *RTJ*, 82:791, 1977, RE 79.343-BA, rel. Min. Leônio de Abreu: “Acertado se me figura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico mundo de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razóavel é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade”.

49. *DJU*, 2 abr. 1993, QO na ADIn 652-MA, rel. Min. Celso de Mello: “A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, visto que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquia de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob a sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito”. Vejam-se, também: *RDA*, 181:2-119, 1990; *RTJ*, 98:758, 1981, 97:1369, 1981, 91:407, 1980.

d) Em nome da vedação do enriquecimento sem causa, se a Administração tiver se beneficiado de uma relação jurídica com o particular, mesmo que ela venha a ser tida por inválida, se não houver ocorrido má-fé do administrado, faz ele jus à indenização correspondente.<sup>53</sup>

Os autores cogitam, ainda, de algumas situações previstas no direito comparado, notadamente o alemão, que igualmente envolveriam juízo de inconstitucionalidade sem nulidade ou sem efeitos *ex tunc*, como por exemplo: a declaração de incompatibilidade da norma com a Constituição sem a pronúncia de nulidade, a declaração de norma ainda constitucional mas em transito para a inconstitucionalidade e o apelo ao legislador.<sup>54</sup> Essas constatações serão comentadas adiante, na medida em que representem subsídio para o tratamento das questões constitucionais no direito brasileiro. Outras técnicas que não importam em nulidade da norma, já incorporadas ao direito brasileiro, são a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (v., *infra*).<sup>55</sup> A doutrina tem admitido, ainda, a hipótese de inconstitucionalidade superveniente<sup>56</sup>, resultante

53. Hipótese formulada por Clémerson Merlin Clève, com base em Celso Antônio Bandeira de Mello, O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo, *RDA*, 210:25, 1997, p. 33.

54. Clémerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 260 e s.; Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 1996, p. 202; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1993, p. 262-71.

55. Veja-se, mais à frente, a referência à superposição e autonomia dessas duas técnicas. V. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 1999, p. 278. Há precedentes, no Supremo Tribunal Federal, de ações diretas julgadas parcialmente procedentes para, sem redução de texto, dar interpretação conforme à Constituição a dispositivos de lei (ADIns 1371-DF e 1377-DF). Na ADIn 939-DF (*DJU*, 18 mar. 1994, rel. Min. Sydney Sanches), na qual se apreciou a constitucionalidade do IPMF, o STF assim decidiu: “Em consequência, é inconstitucional também a LC 77, de 13.07.93, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, a, b, c e d da CF (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, LC 77/93)”.

56. Não prevalece, à luz da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, a tese de que o advento de um novo texto constitucional ou de uma emenda acarretariam a inconstitucionalidade superveniente das normas preexistentes que fossem com elas incompatíveis. Prevalece, pacificamente, o entendimento de que o direito infraconstitucional anterior contrastante com a nova ordem constitucional fica revogado. V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 77 e s. Assinal-se, no entanto, que a disciplina jurídica da matéria passa a ser afetada pela Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe acerca da arguição de descumprimento de preceito fundamental e admite como seu objeto ato normativo anterior à Constituição (v., *infra*).

de alteração na jurisprudência<sup>57</sup> ou da mudança substancial das circunstâncias fáticas sobre as quais incidia a norma<sup>58</sup>. Também nesses casos os efeitos da decisão somente se produzem para o futuro.

Por ocasião da Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988, foi apresentada proposta que permitiria ao Supremo Tribunal Federal determinar se a declaração de inconstitucionalidade em ação direta retroagiria ou não.<sup>59</sup> A ideia foi rejeitada. Durante o incipiente processo de revisão levado a efeito em 1994, procurou-se uma vez mais autorizar o Supremo Tribunal Federal a limitar os efeitos retroativos de suas decisões declaratórias de constitucionalidade.<sup>60</sup> Novamente sem sucesso.

57. É o caso, por exemplo, da tendência jurisprudencial a admitir que companheiros do mesmo sexo possam ser dependentes um do outro para determinados fins, inclusive planos de saúde. Essa inteligência da ideia de igualdade, que não admite o tratamento diferenciado em razão da orientação sexual das pessoas, é fruto de uma interpretação evolutiva e não poderá ter efeito retroativo a período anterior à consolidação da nova percepção do princípio. Sobre interpretação evolutiva, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 145 e s.; e Morton J. Horwitz, The constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism, *Harvard Law Review*, 107:27, 1993.

58. V. Daniel Samiento, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, p. 118 e s.; e Clémerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata no direito brasileiro*, 2000, p. 257. Precedente interessante acerca da influência da situação de fato e sua eventual alteração na aferição da constitucionalidade da norma colhe-se no RE 147.776-SP (*DJU*, 19 jun. 1998), no qual se discutiu a legitimidade da atuação do Ministério Público para promover ação de reparação de dano *ex delicto* em favor da parte hipossuficiente. O acordo, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, consignou: “No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao MP pelo art. 68 C. Pr. Penal — constituindo modalidade de assistência judiciária — deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para este fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada; até que — na União ou em cada Estado considerado — se implemente esta condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Penal será considerado ainda vigente”.

59. A proposta, apresentada pelo então Senador Maurício Corrêa, tinha a seguinte alusão para o art. 127, § 2º: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se elas perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”. V. Olímar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 1999, p. 263.

60. Relator do processo de revisão, o então Deputado Nelson Jobim apresentou proposta de acrescimento de um § 5º ao art. 103, do seguinte teor: “§ 5º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão”. V. Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 1999, p. 210.

Todavia, mais à frente, foi aprovada a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Nela se permitiu, de forma expressa, pela primeira vez, a atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, admitindo-se, por exceção, que a declaração de inconstitucionalidade não retroagisse ao início de vigência da lei. O art. 27 do novo diploma assim dispôs:

“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”.

O dispositivo enfrenta críticas quanto a sua conveniência e oportunidade<sup>61</sup>, assim como objeções relativamente a sua constitucionalidade<sup>62</sup>. Argumentou-se, contrariamente a sua introdução, que a orientação do Supremo Tribunal Federal, até então, era a de reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei inconstitucional<sup>63</sup>, o que exigiria uma emenda à Constituição para introduzir a novidade. Em suporte da tese, aliás, é possível invocar as duas tentativas, noticiadas acima, de inserção no texto constitucional de norma que visava objetivo análogo ao do art. 27 transcrita. Se a providência pudesse ser tomada no plano infraconstitucional, tornar-

—seia difícil justificar que se tivesse optado pela via mais complexa da previsão no texto da própria Constituição. A discussão, todavia, comporta diversas sutilezas e complexidades que serão examinadas por ocasião do estudo da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade.

No mérito, é respeitável a tese de que, por vezes, a produção de efeitos retroativos pode trazer consequências indesejadas pelo próprio texto constitucional. Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vinha tratando a questão de forma equilibrada e construtiva. Não havia necessidade de ato legislativo interferindo nesse mandato. Aliás, em testemunho da riqueza do universo da interpretação constitucional, é possível uma leitura singular e muito razoável do dispositivo, embora contrária ao legislador histórico (isto é, à *mens legislatoris*): a de que, na verdade, veio ele restringir a liberdade de ponderação até então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, ao impor o *quorum* de dois terços de seus membros. Nesse caso, também caberia questionar se o legislador ordinário poderia impor condições para a ponderação de valores constitucionais.

Registre-se, a bem da verdade, que a providência contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 era reclamada por parte da doutrina<sup>64</sup>, e, com efeito, a flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional foi saudada como positiva por juristas que nela viram a concessão de uma “margem de manobra” para o Judiciário ponderar interesses em disputa<sup>65</sup>. A inovação tem sido utilizada com moderação e prudência pelo Supremo Tribunal Federal, em hipóteses raras e excepcionais, que não provocaram maior reação<sup>66</sup>.

#### IV — ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade de uma norma pode ser aferida com base em diferentes elementos ou critérios, que incluem o momento em que ela se

61. Aqui cabe um registro pessoal. Havendo participado da comissão constituída pelo Ministério da Justiça para elaboração do anteprojeto que resultou na Lei n. 9.868/99 — que trabalhou sobre um texto base elaborado pelo hoje Ministro Gilmar Mendes —, manifestei-me contra a inovação, em voto vencido. Três argumentos fundamentaram meu ponto de vista. O primeiro era este que venho de expor: pedia-me que a providência desejada exigia uma emenda à Constituição. O segundo: o STF já administrava satisfatoriamente o problema, atenuando o rigor da teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais. Em terceiro lugar, o temor, que no Brasil não é infundado, de que as exceções virem regra, manipuladas pelas “raízes de Estado” ou pelo lastimável varejo político que ainda é a marca de um país em busca de amadurecimento.

62. V. ADIn 2.154-2, requerida pela Confederação Nacional das Profissões Liberais — CNPL, e ADIn 2.258-0, requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ambas da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence.

63. V. José Carlos Moreira Alves, *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, in Sávio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Garantias do cidadão na justiça*, 1993, p. 10; e Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 413.

64. V., por todos, Zeno Vélos, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 1999, p. 210: “Temos a firme convicção de que é da maior necessidade, utilidade e importância que se preveja em nosso direito constitucional positivo a possibilidade de o STF, em casos excepcionais, e quando o exija o interesse público, estabelecer limites à eficácia da declaração de inconstitucionalidade, com as ressalvas que apresentamos”.

65. V., por todos, Daniel Sartório, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, p. 125 e s.

66. V., e.g., STF, DJU, 9 mar. 2007, ADIn 3.615-PB, rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, e ADIns 2.240-BA, 3.316-MT e 3.489-SC, relatadas pelo Ministro Eros Grau e publicadas no DJU, 17 maio 2007. Todos os casos aqui referidos envolviam a criação de Municípios.

verifica, o tipo de atuação estatal que a ocasionou, o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma, dentre outros. Este tópico procura selecionar e sistematizar as categorias mais importantes de inconstitucionalidade.

## 1. Inconstitucionalidade formal e material

A Constituição disciplina o modo de produção das leis e demais espécies normativas primárias<sup>67</sup>, definindo competências e procedimentos a serem observados em sua criação. De parte isso, em sua dimensão substantiva, determina condutas a serem seguidas, enuncia valores a serem preservados e fins a serem buscados. Ocorrerá inconstitucionalidade *formal* quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico. A inconstitucionalidade será *material* quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio.

### 1.1. Inconstitucionalidade formal

A primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é a denominada inconstitucionalidade *orgânica*, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato. Se, por exemplo, a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação editar uma lei em matéria penal<sup>68</sup> ou em matéria de direito civil<sup>69</sup>, incorrerá em inconstitucionalidade.

nalidade por violação da competência da União na matéria<sup>70</sup>. De outra parte, haverá inconstitucionalidade *formal propriamente dita* se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio.

O processo ou procedimento legislativo completo comprende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação<sup>71</sup>. O vício mais comum é o que ocorre no tocante à iniciativa das leis. Pela Constituição, existem diversos casos de iniciativa privativa de alguns órgãos ou agentes públicos, como o Presidente da República (art. 61, § 1º), o Supremo Tribunal Federal (art. 93) ou o Chefe do Ministério Público (art. 128, § 5º). Isso significa que somente o titular da competência reservada poderá deflagrar o processo legislativo naquela matéria. Assim, se um parlamentar apresentar projeto de lei criando cargo público, modificando o estatuto da magistratura ou criando atribuições para o Ministério Público, ocorrerá inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa<sup>72</sup>.

Outros exemplos. Há matérias que são reservadas pela Constituição para serem tratadas por via de uma espécie normativa específica. Somente lei complementar pode dispor acerca de normas gerais de direito tributário (art. 146, III) ou sobre sistema financeiro nacional (art. 192). Se uma lei ordinária contiver disposição acerca de qualquer desses temas, será formalmente inválida.

70. Constituição Federal: é competência privativa da União legislar sobre direito penal e direito civil (art. 22, I), competência que exerce por intermédio do Congresso Nacional (art. 48).

71. Note-se que somente a lei ordinária e a lei complementar percorrem todos esses ciclos.

72. Relativamente ao vício de iniciativa, quando conferida esta privativamente ao Presidente da República, vigorou por algum tempo o entendimento de que ele poderia ser convallidado no momento da sanção, expresso no verbete n. 5 da Súmula do STF: “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo”. Tal orientação, todavia, já não prevalece de longa data, tendo o STF entendido que ela expressava a jurisprudência predominante sob o regime da Constituição de 1946 (*RTJ, 1/27.811, 1989*), estando o ponto de vista atual sintetizado na decisão seguinte: “A sanção a projeto de lei que veicule norma resultante de emenda parlamentar aprovada com transgressão à cláusula inscrita no art. 63, I, da Carta Federal, não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal, eis que a vontade do Chefe do Poder Executivo — ainda que deste seja a prerrogativa institucional usurpada — revela-se juridicamente insuficiente para convalidar o defeito radical oriundo do descumprimento da Constituição da República” (*STF, DJU, 15 set. 1995, ADInMC 1.070-MS, rel. Min. Celso de Mello*).

67. Atos normativos primários são aqueles que, como a lei, têm aptidão para inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações. As espécies normativas primárias contempladas pela Constituição brasileira constam do elenco do art. 59 e compreendem: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; medidas provisórias; decretos legislativos; e resoluções.

68. STF, RDA, 1/851/48, 1991, ADIn 463-BA, rel. Min. Marco Aurélio: é inconstitucional norma da Constituição do Estado que legaliza o funcionamento de cassinos em seu território, por tratar-se de matéria penal, de competência privativa da União. STF, DJU, 1º set. 2000, ADInMC 1.901-MG, rel. Min. Ilmar Galvão: Constituição estadual não pode criar hipótese de crime de responsabilidade.

69. STF, Inf. STF, 1/33:1, nov. 1998, ADInMC 1.918-ES, rel. Min. Maurício Corrêa: lei estadual não pode proibir a cobrança de estacionamento por estabelecimentos privados, por incidir em inconstitucionalidade formal, violando competência privativa da União Federal para legislar sobre direito civil.