Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.2

2022/02 ISSN 2178-6925

A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM EFEITO ABLATIVO: MOTIVAÇÕES E IMPLICAÇÕES.

THE DECLARATION OF INCONSTITUTIONALITY WITHOUT ABLATIVE EFFECT: MOTIVATIONS AND IMPLICATIONS.

Cleberson Rocha da Silva

Bacharel em Direito - Universidade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni - UNIPAC. 08/2021 Brasil. E-mail: clebersonrs@hotmail.com

Ingred Fernandes Rocha da Silva

Bacharel em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni - UNIPAC. 08/2021 Brasil. E-mail: ingridity2015@gmail.com

Emerson Barrack Cavalcanti

Professor Orientador. Bacharel em Direito. Pós-Graduado em Direito Público e Privado. Bacharel Licenciatura Plena em Matemática. Pós Graduando – MBA em Coaching com ênfase em Mentoring para Gestão de Pessoas. Professor no Curso de Direito para as disciplinas: Direito do Consumidor. Introdução à Ciência Política e Teoria do Estado. Direito Civil I. História e Introdução ao Estudo do Direito. Formas Consensuais de Resolução de Conflitos. Direito Constitucional.

ALFA UNIPAC - Teófilo Otoni, Brasil

E-mail: cavalcanti.ebc@gmail.com

Recebido: 25/01/2022 – Aceito: 17/02/2022

Resumo

O presente trabalho buscou investigar a respeito da declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, considerando suas implicações e motivações. Destacou-se que o controle de constitucionalidade tem a função de analisar a compatibilidade dos preceitos tendo como parâmetro a Constituição, indicando ou não a validade ou da norma, tendo sua gênese no Brasil na

Constituição de 1891 e podendo ser repressivo ou preventivo. Observou-se a doutrina da nulidade-constitucionalidade e a necessidade de mudanças. Verificou-se que a inconstitucionalidade pode ocorrer por ação ou por omissão e que a inconstitucionalidade sem efeito ablativo resulta na suspensão de todos os processos judiciais até que o legislador aprove uma nova lei. A declaração de nulidade deve ser desconsiderada nos casos em venha a indicar uma situação jurídica insuportável, ou mesmo riscos à segurança jurídica.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade; Efeito; Ablativo; Direito; Constitucional.

Abstract

The present work sought to investigate the declaration of unconstitutionality without ablative effect, considering its implications and motivations. It was highlighted that the constitutionality control has the function of analyzing the compatibility of the precepts having as parameter the Constitution, indicating or not the validity or the norm, having its genesis in Brazil in the Constitution of 1891 and can be repressive or preventive. The doctrine of nullity-constitutionality and the need for changes were observed. It was found that unconstitutionality can occur by action or by omission and that unconstitutionality without ablative effect results in the suspension of all legal proceedings until the legislator approves a new law. The declaration of nullity must be disregarded in cases where it indicates an unbearable legal situation, or even risks to legal certainty.

Keyword: Unconstitutionality; It is made; Ablative; Right; Constitutional

.

1 introdução

O Direito Constitucional possui uma diversidade de abordagens que indicam sua complexidade e em alguns casos a inexistência de um consenso doutrinário, considerando tratarem-se de assuntos que possui interpretações bem distintas, de acordo com o prisma diante do qual são observados. Um desses temas é representado pela declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo.

A inconstitucionalidade sem efeito ablativo tem sua origem no direito germânico e envolve a desconsideração da doutrina que restringe as análises ao binômio nulidade-constitucionalidade. Trata-se de tema não muito abordado no campo da pesquisa jurídica, mas que traz consigo a relevância derivada da dimensão que pode ser indicada a partir da declaração de inconstitucionalidade de um preceito se esta vier acompanhada da anulação de seus efeitos *ab ovo*. Assim, a declaração de inconstitucionalidade pode, diante da análise dos possíveis efeitos intrínsecos à sua ocorrência não indicar a nulidade de seus efeitos.

Considerando a declaração de inconstitucionalidade que não resulta em pronúncia de nulidade, ou seja, observando que existem casos em que mesmo diante do reconhecimento de inconstitucionalidade da norma a mesma é mantida no ordenamento jurídico, pergunta-se: quais as motivações e implicações para que ocorra a declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo?

O objetivo geral do presente trabalho foi identificar as motivações e as implicações para que ocorra a manutenção em vigência da norma reconhecidamente inconstitucional. Os objetivos específicos foram conceituar o controle de constitucionalidade, compreendendo sua importância, caracterizar as formas como é exercido o controle de constitucionalidade no Brasil e conceituar a inconstitucionalidade sem efeito ablativo.

Verificada a necessidade de que sejam observados, entre outros princípios, o princípio da segurança jurídica e da continuidade do Estado, observam-se situações nas quais ocorre a identificação e declaração da inconstitucionalidade de uma norma. Essa identificação, *a priori*, ensejaria a retirada desse preceito do ordenamento jurídico, considerando que uma norma caracterizada como inconstitucional é nula *ab ovo*, caracterizando a teoria da nulidade que é adotada no Brasil e difere da teoria na anulabilidade, que faz com que a norma perca seus efeitos somente a partir da declaração de inconstitucionalidade.

Todavia, analisadas as circunstâncias diversas e as consequências da retirada do preceito avaliado, pode-se constatar a necessidade de que o preceito, mesmo eivado de inconstitucionalidade, mantenha sua vigência. Nesse contexto caracteriza-se a declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, ou seja, ainda que o Estado reconheça a inadequação de determinado preceito ao ordenamento constitucional, diante das possíveis consequências da retirada dessa lei, decide-se por sua manutenção em vigência. Em síntese, nesses casos a eliminação dessa norma apresenta-se mais prejudicial que sua manutenção e o vício de constitucionalidade, mesmo reconhecido, é ignorado para que não ocorra a retirada dos efeitos da norma.

Destaca-se que esse tipo de declaração não é o mesmo que a decisão de inconstitucionalidade com ablação diferida, que possibilita ao magistrado a

definição da data para que ocorra o início dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em comum, existe o fato de que tanto a declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo quanto a decisão de inconstitucionalidade com ablação diferida são consideradas como decisões intermediárias. As situações nas quais ocorre a declaração da norma sem expurgá-la do ordenamento jurídico, no entanto, não são comuns no Brasil, ainda que representem ocorrências cujos resultados podem ser significativos e passíveis de análise quanto às suas consequências por serem passíveis de prejuízos diversos à segurança jurídica, ao Estado e à sociedade de modo geral.

Observadas as considerações no campo da declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, o presente trabalho indica sua relevância social, jurídica e acadêmica, verificando que os objetivos definidos pelo mesmo convergem para a compreensão do tema, destacando as implicações e motivações inerentes a esse tipo de decisão.

2 O Controle de Constitucionalidade

Os atos jurídicos e as normas jurídicas podem ser analisadas em três planos, a saber, o da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. No entanto “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” (BARROSO, 2019, p. 33). Diante da necessidade de atenção aos planos citados, compreende-se que a inobservância da análise de qualquer um deles pode conduzir à nulidade do preceito.

A existência de um ato jurídico pressupõe uma manifestação no mundo dos fatos, verificando-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência. A validade constata se os elementos do ato preenchem os atributos e requisitos que a lei lhes conferiu para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição. Quanto à eficácia, esta “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" (BARROSO, 2019, p. 36).

O controle de constitucionalidade representa a verificação, por meio de órgão competente, a respeito da compatibilidade ou consonância de uma espécie normativa determinada, considerando como parâmetro a constituição, que indica a validade da norma e, por conseguinte, não pode ser contrariada pela mesma, que se apresenta inferior (ORTEGA, 2016). Desse modo, pode-se considerar que o controle de constitucionalidade representa o conjunto de mecanismos destinados à defesa da constituição, se apresentando nos sistemas jurisdicional, político e misto. O controle jurisdicional ocorre quando o sistema entrega a defesa da constituição aos órgãos do Poder Judiciário, sendo este o sistema adotado no Brasil. O sistema político é identificado quando o controle é exercido por um órgão de natureza política e o sistema misto se caracteriza quando algumas leis são controladas por um órgão jurisdicional e outras por um órgão político.

O controle de constitucionalidade teve sua origem no Brasil a partir da Constituição de 1891, onde, por influência de Rui Barbosa, passou-se a adotar um tipo de controle difuso no país (ARANA, 2013).

De acordo com a citada Constituição, no artigo 59, o Supremo Tribunal Federal teria competência para a revisão das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando fosse questionada a validade de tratados ou leis federais ou estaduais e a decisão local validasse tais atos (BRASIL, 1891).

A Constituição de 1934 modificou a abordagem do controle de constitucionalidade, determinando que a mesma seria realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais, buscando obter maior segurança jurídica, já que os entendimentos dos tribunais mudam com frequência. Quanto à Carta Magna de 1937, a mesma impedia a autonomia do controle de constitucionalidade, trazendo uma concentração de poder ao Presidente da República (ARANA, 2013).

Já a Constituição de 1946 não trouxe mudanças nesse aspecto, mas a Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965 deu autonomia ao STF para "a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República".

A Constituição de 1967 não trouxe mudanças quanto ao controle de constitucionalidade, que somente teve alterações a partir da Constituição de 1988, que ampliou de modo relevante os meios de proteção judicial (ARANA, 2013).

Verificando-se que a gênese de toda a legislação infraconstitucional deve basear-se na observância à Constituição Federal, uma mudança *a posteriori* com a finalidade de adaptar-se um preceito nascido ao arrepio da norma constitucional, vértice do sistema jurídico nacional, denota um arranjo de questionável adoção. A Constituição deveria, a princípio, ser o limite estabelecido ao legislador e as normas criadas sem a observância dessa limitação deveriam ter subtraída sua executoriedade ou eficácia (LINDOSO, 2012).

Segundo o princípio da eficácia das normas constitucionais, na interpretação das normas constitucionais, deve-se atribuir-lhes o sentido que lhes empreste maior eficácia. Considera-se que as mesmas devem ser tomadas como normas atuais e não como preceitos de uma Constituição futura, destituída de eficácia imediata (LINDOSO, 2012).

O controle de constitucionalidade pode ser repressivo, quando é realizado sobre o texto da lei e não sobre o projeto de lei, ou preventivo, quando ocorre durante o processo legislativo de formação da norma ou antes que o projeto de lei incorpore ao ordenamento jurídico (ORTEGA, 2016).

O controle repressivo é feito no Brasil de forma mista e predominantemente pelo Poder Judiciário. As exceções ocorrem em duas situações, sendo a primeira quando os atos normativos do Poder Executivo venham a exorbitar dos limites da delegação legislativa ou do poder regulamentar. A segunda possibilidade ocorre quando o Congresso Nacional rejeita uma medida provisória editada pelo Executivo Federal (MORAES, 2003).

Quanto ao controle preventivo, o mesmo pode ser exercido pelo Judiciário, quando o parlamentar favorece a análise difusa das inconstitucionalidades; ou pelo Legislativo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça. Pode ser exercido também pelo Poder Executivo, quando o Presidente da República realiza o veto jurídico ao projeto de Lei já aprovado pelo Poder Legislativo, compreendendo-o como inconstitucional (MORAES, 2003).

2022/02 ISSN 2178-6925

O controle de constitucionalidade pode ser formal ou material. no controle formal, a constitucionalidade é examinada somente sob o prisma jurídico e no controle material, a avaliação se projeta ao conteúdo da norma. Segundo Bonavides (2001, p. 26), o controle formal verifica “se as leis foram elaboradas de conformidade com a constituição”.

Já o controle material “outorga a quem exerce a competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos e fundamentais” (BONAVIDES, 2001, p. 269). No contexto da discussão sobre o controle de constitucionalidade, outra discussão importante refere-se à teoria representada pela nulidade-constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário é considerado como exercido por um órgão jurisdicional, sendo, portanto, o padrão adotado no Brasil no tocante ao controle repressivo de constitucionalidade. Já o controle misto se caracteriza quando a constituição outorga a competência do controle de constitucionalidade referente a algumas normas para um órgão jurisdicional e outras para um órgão político.

A via de exceção e a via de ação são outros pontos importantes a serem observados. A via de exceção busca a satisfação de um direito coletivo ou individual citado no curso de um processo, sendo dirigida a um vício de validade da lei. A via de exceção somente produz efeitos entre as partes do processo onde foi arguido, sendo denominada como controle difuso de constitucionalidade (MORAES, 2003).

A via de ação, denominada como controle concentrado de constitucionalidade, tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade, sendo um controle abstrato voltado a atacar o vício (MORAES, 2003). As espécies do controle por via de ação previstas pela Carta Magna são as seguintes:

- Ação declaratória de constitucionalidade
- Ação direta de inconstitucionalidade interventiva
- Ação direta de inconstitucionalidade genérica
- Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

2022/02 ISSN 2178-6925

- Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Em síntese, o controle de constitucionalidade pode ocorrer pelo sistema difuso e pelo sistema concentrado. O controle difuso indica a permissão a todo tribunal ou juiz para analisar a compatibilidade da norma com a Constituição. No controle concentrado o objetivo é obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo ainda que não exista um caso concreto.

A teoria da nulidade-inconstitucionalidade é um assunto exaustivamente debatido no cenário jurídico nacional. A Lei nº 9.868/1999, que dispõe acerca do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da declaração de constitucionalidade diante do STF, entre outras providências, modificou o procedimento da arguição de inconstitucionalidade e passou a permitir a intervenção de terceiros, como o Ministério Público, no incidente de inconstitucionalidade. Conforme o artigo 482, “o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade” (BRASIL, 1999).

Todavia, diante das situações que passaram a exigir o tratamento diferenciado, tanto a doutrina quanto o Supremo Tribunal Federal revisaram o conceito de nulidade absoluta, verificando outros valores passíveis de serem prejudicados num ambiente de eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade (BARROSO, 2019).

Pontes de Miranda (2012) não acredita que a ideia de nulidade absoluta possa substituir a teoria da inexistência de um ato, considerando que algo que não existe, ou que não é, não pode ser considerado deficiente.

Nesse aspecto, passa-se a considerar a inadmissibilidade do fenômeno da constitucionalização superveniente, diante da qual, uma norma outrora inconstitucional pode tornar-se constitucional a partir da mudança no paradigma constitucional.

Quem defende a constitucionalização superveniente tem, entre outros argumentos, a defesa fundamentada na ideia de que a Constituição evolui por meio de mudanças formais e informais e que, não havendo declaração da existência de

incompatibilidade em um preceito legal, ainda que este seja supostamente incompatível, permanece com a garantia de sua validade. Já que a validade depende da eficácia, esse ordenamento passa a ter efeitos jurídicos que impedem sua anulação (GUIMARÃES, 2012).

A constitucionalização superveniente é um elemento relacionado ao direito intertemporal e desconsidera, a princípio, o valor axiológico dos princípios contidos na Constituição. O fato de uma norma ter surgido com vício de inconstitucionalidade e exigir uma adaptação de parâmetros constitucionais para ser compatível, traz complexidade ao tema, já que esta desconsideração indica a lesão aos preceitos formais ou materiais existentes, sendo a observação aos mesmos uma característica essencial do Estado Democrático de Direito. A supremacia constitucional e a preservação do sistema normativo são postas em questão com a adoção da constitucionalização superveniente (GUIMARÃES, 2012).

De acordo com Almeida (2005, p. 13):

> Maculada a ordem constitucional, através de atos inconstitucionais, faz-se necessário que se restabeleça a unidade ameaçada. É por isso que necessariamente surgem instrumentos a permitir que se afirme a presença de atos normativos inconstitucionais, ou seja, contrários a dispositivos inseridos na Constituição Federal, restabelecendo e preservando a ordem jurídico-constitucional. (Almeida, 2005, p. 13)

Estas afirmações definem a razão de existência do controle de constitucionalidade, em sua finalidade de manutenção da ordem jurídico-constitucional. Desse modo, o mesmo pode ser definido como promotor da garantia dos direitos e garantias previstos constitucionalmente, sendo indicador da legitimidade do próprio Estado.

De acordo com Novelino (2009), a alteração no parâmetro constitucional não pode convalidar uma lei inconstitucional, já que a mesma é considerada natimorta. Entretanto, considerando que com o nascimento de uma norma surge a presunção de sua constitucionalidade, a mesma permanece válida e produz efeitos até que seja declarada inconstitucional. A partir dessa declaração, podem derivar efeitos

ex-tunc, conforme a regra. Em todo caso, Pdeve prevalecer o princípio da máxima efetividade.

O princípio da máxima efetividade significa o abandono da hermenêutica tradicional, significando o reconhecimento da normatividade dos princípios e valores constitucionais, notadamente em sede de direitos fundamentais. A formação e produção de uma norma, conforme o princípio da dogmática jurídica, devem estar em consonância com os requisitos e diretrizes do ordenamento jurídico pátrio.

As validades tanto constitucional, quanto formal e fática, existem para serem observadas e, no âmbito da constitucionalização superveniente, a primeira é desconsiderada em favor das demais. Considerando que a validade formal denota legitimidade de quem cria a norma, a validade fática determina a efetividade e a constitucional representa um comando superior, soa completamente equivocada a aceitação a esse fenômeno (LINDOSO, 2012).

Compreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro permite, por exemplo, a declaração de nulidade parcial, onde apenas os dispositivos inconstitucionais se tornam nulos, não a lei em sua totalidade. Todavia, quando os preceitos subsistentes não tenham condições de existirem de modo autônomo ou não estejam em conformidade com o desejo do legislador, a lei deve ser excluída do ordenamento.

Conforme Lindoso (2012), a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é outra opção, que permite a consideração de inconstitucionalidade em uma hipótese de aplicação de um preceito sem qualquer alteração em seu texto. A interpretação do tribunal ou do juiz deve ser compatível com a Constituição, quando uma lei possuir mais de uma interpretação.

O STF pode, inclusive, declarar a inconstitucionalidade de uma lei sem que ocorra a pronúncia da nulidade, permitindo que seja suspensa a aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador se manifeste sobre a situação inconstitucional.

A nulidade total ou parcial de uma lei ou determinação que produza efeitos normativos possui caracteres abstratos e confere maior complexidade à questão

ora tratada, já que algumas normas podem estar viciadas e outras não, porém a retirada de alguns pontos pode tornar o preceito ainda menos aplicável ou mais passível de questionamento.

A impugnação de uma norma que se caracteriza como inconstitucional demonstra ser o caminho natural a se seguir, conforme entendimento trazido pela doutrina majoritária e pelos tribunais. No entanto, é necessário o entendimento acerca das consequências possíveis a partir da impugnação de uma norma, considerando a vigência da mesma durante determinado período como preceito a ser cumprido, pode suscitar questionamentos diversos.

De acordo com Barroso (2014), a manutenção da norma na condição de nulidade submete o direito objetivo à uma lógica viciada desde sua origem, compreendendo que, mesmo inconstitucional, a citada lei tenha inovado na ordem jurídica.

A limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma é defendida historicamente no país, em diversos julgados, compreendendo-se que em algumas situações é necessária a flexibilização desses efeitos. A evolução ocorrida na jurisprudência conduziu o STF à manutenção de alguns atos praticados sob efeitos da norma inconstitucional, devendo-se considerar que a mesma, ainda que não deva funcionar como fonte normativa, se constitui como fato jurídico, o que incide também sobre outras normas.

A flexibilização constitucional se apresenta também como um meio para se afastarem os limites ideológicos e dirigentes por vezes impostos no passado devido à inevitável falibilidade ou da prepotência dos que detêm o poder, e que de algum modo trazem prejuízo ao Estado Democrático de Direito (MOREIRA NETO, 2002).

A forma de se atenuarem os possíveis efeitos do conflito entre a ineficácia ab initio da norma impugnada e a segurança jurídica foi a introdução da Lei nº 9.868/1999. A mesma tem por objetivo a disciplina do processo e do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade diante do STF.

Outro preceito importante nesse sentido foi a Lei nº 9.882/1999, que busca regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental. O artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 determina que o Supremo Tribunal Federal poderá, diante de

excepcional interesse da sociedade ou por motivo de segurança jurídica, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo ou de uma lei. Para tanto, basta que por maioria de dois terços dos membros seja decidida esta inconstitucionalidade (BRASIL, 1999).

Desse modo, passa-se a observar a efetivação da citada flexibilização, que foi confirmada pelo artigo 11 da Lei nº 9.882/1999, com texto semelhante, apenas diferindo ao destacar que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo "no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental" é passível de análise por parte do STF (BRASIL, 1999b).

Observa-se que a regra na nulidade é ratificada nesses dois preceitos, compreendendo inclusive que a manutenção das mesmas ocorre em fatores caracterizados como extravagantes e que o supremo atua como juiz ao preservar determinado cenário surgido irregularmente em favor da segurança jurídica (ZAVASCKI, 2011).

3 Inconstitucionalidade e Legitimidade Constitucional

3.1 Aspectos Gerais

A legitimidade constitucional carece, para sua análise, da compreensão de alguns importantes conceitos, como o do próprio Direito Constitucional, que congrega os elementos da Ciência Política e da Ciência do Direito, resultando numa área voltada à organização do Estado, compreendendo suas normas e princípios. Ao realizar a análise e interpretação de tais normas, o Direito Constitucional atua na parte superior da pirâmide normativa, buscando, entre outros pontos, garantir a aplicação dos Direitos Fundamentais, onde se destaca a dignidade da pessoa humana.

Conforme Fachin (2008), a partir da visão sob o prisma jurídico, pode-se verificar que a autonomia, a liberdade e propriedade são a base para a concepção atual de civilização. Na atualidade o ser se torna a mais importante parte desse contexto. A dignidade, dependente destes fatores, tem no ser seu objetivo e elemento essencial para se efetivar. Para o autor, a autonomia privada é a

capacidade de autorregulamentação do interesse presente nas relações humanas voluntárias e, sendo partícipe do contexto necessário à dignidade, carece de observação apurada no debate a respeito do tema.

As diversas lesões aos bens fundamentais do ser humano conduziram ao estabelecimento dos direitos humanos fundamentais, que antecederam ao direito positivo. Observa-se que os direitos da pessoa humana naturalmente transcendem os direitos fundamentais, já que o mesmo é pautado por universalidade e independem de positivação. A proteção conferida pelos direitos humanos fundamentais supera a individualidade, abrangendo os grupos de pessoas (ALVARENGA, 2017).

O objetivo dos direitos humanos fundamentais é a atenção aos princípios da dignidade humana, que deve ser a finalidade de todos os povos e governos. A expressão “direitos humanos” se refere aos valores ou direitos inerentes à pessoa humana e para sua existência basta a qualificação jurídica obtida com o nascimento. O reconhecimento de um ser como homem, pelo direito, confere ao mesmo a conversão dos direitos humanos em exigências (ALVARENGA, 2017). No Brasil os direitos fundamentais são explicitados na Constituição e tem por norte a dignidade da pessoa humana, que passam a ter o status de normas centrais do ordenamento jurídico pátrio. Assim, a localização da norma que trata dos direitos, se humanos ou fundamentais, resume sua diferença.

Esta diferença, no contexto brasileiro, pode ser ilustrada pela Carta Magna, que traz em seu texto que, nas relações de caráter internacional, prevalecerão os direitos humanos. Ora, considerando esta extensão do entendimento acerca da importância da observação dos preceitos relacionados aos direitos humanos, resta conclusa inadmissibilidade da inobservância destes direitos no plano interno (ALVARENGA, 2017).

Outro componente de importante observação na discussão acerca da legitimidade constitucional é o princípio da proporcionalidade. De acordo com Capez (2005), é possível resumir o princípio em questão afirmando que nenhuma garantia constitucional possui valor supremo e absoluto, de modo que possa aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente.

Para Lenza (2008), o princípio da proporcionalidade traz as ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Conforme Martins (2014), o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é o mais importante princípio da Justiça, principalmente porque o mesmo fornece estrutura material objetiva e procedimentos de flexibilidade para que ocorra a concretização do devido processo legal. Para a autora, o princípio da proporcionalidade é o principal pilar que dá consistência ao ordenamento jurídico.

Ao lado do princípio da proporcionalidade, não se deve abster da análise do princípio da razoabilidade, considerando que eles se complementam mutuamente:

> As decisões jurídicas hão de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (DIDIER JR., 2008, p. 33-34)

De acordo com Moreira Neto (2002), no tocante aos aspectos democráticos da Constituição, na atualidade predomina o sentido de legitimidade material, que se correlaciona aos valores vigentes. Urge compreender que em Cartas anteriores a preocupação com a análise a respeito de sua legitimidade inexistia, já que a vontade geral, deriva do pensamento de Rousseau, seria suficiente para que as leis fossem legitimadas e presumidamente estaria presente na Constituição.

Entretanto, o Estado Democrático de Direito não permite que o conceito de vontade geral venha a se materializar, já que os direitos fundamentais devem se sobressair, agindo como limitações ao poder e que fazem com que seja inviável a consideração da Constituição como uma manifestação que não permita contraste ou que possua soberania (MOREIRA NETO, 2002). Para o autor, sequer a segurança jurídica pode ser considerada como derivada da vontade geral, já que nem mesmo esta se sobressai à vontade plural.

O poder político soberano, que se traduz na legitimação do poder, é conferido ao povo, mas os instrumentos que legitimam esse poder são atributos da

Constituição. Conforme Moreira Neto (2002), a Constituição Brasileira de 1988 obteve êxito na instituição de um marco referencial que se apresenta seguro para a vida política e para a ordem jurídica no país. Desse modo, pode-se compreender o conceito de inconstitucionalidade, que se contrapõe à anuência ao que é preconizado pela mesma.

Verifica-se também, no conjunto das discussões sobre inconstitucionalidade, a relevância da caracterização do estado de coisas inconstitucional, onde ocorre uma violação de direitos fundamentais em massa, identificando o descontrole entre medidas judiciais, administrativas ou orçamentárias (CAMPOS, 2015).

Quanto aos pressupostos, a identificação do estado de coisas inconstitucional e a limitação à afirmação de existência do mesmo são elementos *sine qua non* para que o mesmo ocorra (CAMPOS, 2015). Outra motivação foi o deslocamento forçado de pessoas, motivado pela violência urbana e pela ausência de segurança para a população.

A adoção do conceito pelo Direito Brasileiro a partir de 2015 por meio da ADPF nº 347/DF, emergindo do vilipêndio aos direitos fundamentais indicada pela crise no sistema carcerário. A proposta do Partido Socialismo e Liberdade indicava a necessidade de minimização das degradantes condições dos presos e da superlotação. O STF deferiu a liminar de forma parcial, determinando que os Juízes e Tribunais passassem a realizar audiências de custódia para a viabilização do comparecimento do indivíduo preso em até 24 horas a partir da prisão. Foi vedado o contingenciamento dos valores do Fundo Penitenciário Nacional por parte do Poder Executivo (CAMPOS, 2015).

Considerando a Constituição Federal enquanto vértice do sistema jurídico do país, a mesma tem conferida sua legitimidade a partir da atenção aos diversos princípios que determinam sua aplicação de modo equânime. Desse modo, considera-se também que os poderes estatais em sua integralidade somente se legitimam diante do reconhecimento e distribuição por parte da Constituição. Este reconhecimento se estende, por exemplo, nas situações onde se faz necessária a restrição ao exercício de direitos.

A restrição ao exercício de direitos exige respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Os atos de natureza estatal têm na razoabilidade um parâmetro para sua aferição, onde a constitucionalidade material se confirma ou é negada. Desse modo, pode-se neutralizar ou inibir os abusos por parte do Estado (CAVALCANTE FILHO, 2017).

3.2 A inconstitucionalidade sem efeito ablativo

O ordenamento jurídico pátrio prevê dois tipos de inconstitucionalidade, que são a inconstitucionalidade por ação e por omissão. Quando ocorre por ação, a mesma surge da produção de atos administrativos ou legislativos contrários aos princípios ou normas constitucionais. A mesma é caracterizada por omissão quando inexistem atos administrativos ou legislativos para a efetividade na prática do direito. A inconstitucionalidade pode ocorrer por vício formal ou material (LENZA, 2008).

O vício formal denota inobservância de regra de competência legislativa ou do processo legislativo. O vício material se refere à incompatibilidade entre a lei elaborada e o texto legal. Outro ponto de importante discussão é a Inconstitucionalidade Progressiva, que se refere ao controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF onde possam ser modulados os efeitos da decisão (LENZA, 2008).

Por meio da declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo indica-se a superação da clássica doutrina de inconstitucionalidade-nulidade, sendo que a mesma é aplicada para que se possa fazer um juízo de ponderação. Assim, nas situações em que ocorra o reconhecimento da nulidade do ato e a impugnação dos seus efeitos, seja avaliada a possibilidade de que esta supressão mostre-se mais danosa que a manutenção do mesmo na ordem jurídica (MACHADO, 2014).

Pode-se fazer uma analogia da constitucionalidade sem efeito ablativo, para efeito de compreensão de sua dinâmica, com o que ocorre com os atos administrativos. De acordo com Bandeira de Mello (2002), os atos administrativos viciados se estabilizam a partir da manutenção dos mesmos no modo como foram

praticados, onde permanecem intactos e ostentam o vício que os invalidariam. As hipóteses para a estabilização do ato viciado ocorrem com o decurso do prazo decadencial para a invalidação do ato ou nos casos onde, mesmo não vencido o prazo, as relações jurídicas emanadas do mesmo remetem a normas superiores às normas possivelmente violadas.

Os atos do agente público podem, ainda que em busca da atenção ao interesse público, serem eivados de vícios. Lefèvre (2009) afirma que a omissão se caracteriza nesses casos quando a conduta do agente ocorre em desconformidade com a finalidade da norma legislativa, o que se define como desvio de poder.

Segundo Câmara (2008), a tendência previsível e natural é a permanência dos atos administrativos no ordenamento jurídico, mesmo diante da possibilidade de invalidação. Desse modo, a preservação dos efeitos dos atos produzidos com vício deve ser desconsiderada somente nos casos onde a convalidação não for possível, ou seja, quando os atos não acarretarem prejuízo ou lesão a terceiros.

Urge considerar, no entanto, que a complexidade da questão surge da aplicação da teoria das nulidades do Direito Privado ao Administrativo. No Direito Privado, os atos podem ser anuláveis ou nulos, conforme o repúdio que estes causem à ordem jurídica (ZANCANER, 1996).

Um exemplo no campo da inconstitucionalidade sem efeito ablativo é a ação direta de inconstitucionalidade nº 3316/MT, que julgou a inconstitucionalidade da Lei que criou o Município de São Luís do Leste, no Mato Grosso do Sul. Nesse caso, pode-se constatar que se o Tribunal aplicasse o art. 27 da Lei 9.868/99 em sua integralidade, devido à declaração de inconstitucionalidade, dever-se-ia declarar a nulidade da lei que instituiu a nova entidade federativa, o Município de São Luís do Leste, o que poderia gerar consequências sociais graves e um caos de caráter jurídico. Ainda que reconhecida a inconstitucionalidade da norma impugnada, deve-se ter o zelo no sentido de minimizarem-se os efeitos por ela determinados (GRAU, 2004).

A partir da Lei nº 9.868/1999, o ordenamento jurídico brasileiro passou por importante modificação, principalmente quanto à faculdade inerente ao Supremo Tribunal Federal de realizar a modulação de efeitos temporais nas suas decisões

que reconhecem a inconstitucionalidade de um preceito. De acordo com o autor, constata-se que a modulação dos efeitos temporais permite uma adequação da declaração de inconstitucionalidade, garantindo outros valores como a segurança jurídica, a boa fé e o interesse social (LENZA, 2012).

Deve-se considerar que é difícil a negação da validade de uma lei considerada inconstitucional até que ocorra o pronunciamento que assim a caracterize, observando a presunção de validade até então existente (VIEIRA, 2007). Do mesmo modo, parece incontestável a definição de que uma lei inconstitucional se reveste de nulidade desde sua criação.

A declaração de nulidade, quando passível de proporcionar riscos ou uma situação jurídica insuportável, deve, de acordo com a definição da inconstitucionalidade sem efeito ablativo, ser desconsiderada. Esta construção jurisprudencial derivada da Corte Alemã traz a modulação dos efeitos de decisão inerente ao controle de constitucionalidade (SAMPAIO, 2002). Nesse ponto, surge a importância da consideração acerca dos efeitos da declaração sem efeito ablativo, já que a mesma não discorda da inconstitucionalidade, mas indica a necessidade de que os processos sejam suspensos até a aprovação de novo preceito legal.

Deve-se considerar que a motivação para aplicação da nulidade ocorre nas situações onde a subtração da norma da ordem jurídica representar meio idôneo para a restauração da juridicidade, sendo que, em caso contrário, surge a exceção proporcionada pela declaração sem efeito ablativo. A origem desta declaração pode ser encontrada nos Tribunais da Espanha (LIMA, 2005).

Pontes de Miranda (2012) afirma acerca da mitigação da nulidade, defendendo a necessidade de se avaliarem de forma isolada a eficácia, a validade e os planos da existência dos atos jurídicos, verificando que existem atos nulos de pleno direito que apresentam eficácia e atos válidos ineficazes em sua totalidade.

Gilmar Mendes, em voto no RE 217.141-AgR, sintetiza a importância da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e da declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, ao afirmar que “[...] jamais se aceitou a

ideia de que a nulidade da lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados" (STF, 2006).

Outro exemplo a ser observado se refere à ADI 2240 BA, referente à Lei nº 7.619/00 que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, no Estado da Bahia. Ocorreu a efetiva criação do município, diante de uma decisão política que resultou na concessão de autonomia ao mesmo, mesmo num cenário onde ocorrera uma situação de excepcionalidade. No entanto, por unanimidade, o Tribunal julgou a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, não pronunciando a nulidade do ato e mantendo a vigência durante vinte e quatro meses, até que seja estabelecido novo regramento.

> O município de Luís Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política. (ADI 2240 / Ementário 2283-2. Relator: Ministro Eros Grau. Requerente: Partido dos Trabalhadores DJ 03.08.2007)

Destaca-se que a declaração de inconstitucionalidade não seria capaz de fazer com que os atos que ocorreram durante a existência formal do município, considerando, inclusive, que não há reversibilidade do tempo fora do mundo jurídico (PONTES DE MIRANDA, 2012). A modulação dos efeitos da decisão não representa de nenhum modo a convalidação de uma regra inconstitucional, limitando-se à manutenção dos efeitos produzidos.

Destaca-se que a segurança jurídica e o interesse social devem, necessariamente, se sobressair a outros pontos que se façam presentes na discussão sob esse prisma (GUIMARÃES, 2012).

4 Considerações Finais

Por meio do presente trabalho observou-se que o controle de constitucionalidade verifica a compatibilidade dos preceitos a partir da constituição, ou seja, sua convergência aos ditames constitucionais. Assim, indica-se a validade ou da norma. Observou-se que o controle de constitucionalidade teve início no

Brasil na Constituição de 1891, tendo passado por mudanças na Carta de 1934. Verificou-se também que o controle de constitucionalidade pode ser repressivo ou preventivo.

Foi analisada a doutrina da nulidade-constitucionalidade, considerando a importância de mudanças em sua configuração original, sendo evidenciadas a Lei nº 9.868/1999 e a Lei nº 9.882/1999 nesse contexto. Destacou-se a inadmissibilidade do fenômeno da constitucionalização superveniente, relacionada ao direito intertemporal e, diante da qual, uma norma outrora inconstitucional pode tornar-se constitucional a partir da mudança no paradigma constitucional.

A respeito da inconstitucionalidade e da legitimidade constitucional, observou-se a importância da legitimidade constitucional e dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Observou-se que a inconstitucionalidade pode ocorrer por ação ou por omissão e que a inconstitucionalidade sem efeito ablativo representa a superação da doutrina da inconstitucionalidade-nulidade, tendo sido trazidos exemplos de sua aplicação.

Assim, constatou-se que a declaração sem efeito ablativo tem como efeitos principais a suspensão de todos os processos judiciais até que o legislador aprove uma nova lei, trazendo a atribuição ao legislador do dever de modificação ou substituição da lei por uma outra em tempo razoável, que não é determinado pelo Tribunal. Destacou-se que a declaração de nulidade, quando indicar riscos ou uma situação jurídica insuportável, deve ser desconsiderada, conforme a definição da inconstitucionalidade sem efeito ablativo. Observou-se, para efeito de facilitar a compreensão a respeito desse tipo de inconstitucionalidade, o que ocorre no Direito Administrativo.

Espera-se que o presente trabalho possa contribuir para o entendimento a respeito do tema, destacando, inclusive, a escassez de pesquisas nesse sentido. Assim, sugere-se a realização de outros trabalhos que possam a abordar a inconstitucionalidade sem efeito ablativo.

5 Referências

ALMEIDA, Vânia Hack de. **Controle de constitucionalidade**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Conceito - Objetivo - Diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 2017. *In*: Lex Magister. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27021556. Acesso em 20 mai. 30 abr. 2021.

ARANA, Jayme Gustavo. **Histórico do controle de constitucionalidade no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13650. Acesso em 10 mar. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 15ª ed., 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 10 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de
constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em 10 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. 1999b. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em 20 abr. 2021

CÂMARA, Jacintho Arruda. Introdução ao Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.** 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 10 maio 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 10 maio 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2008

FACHIN, Luiz Edson. **Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GRAU, Eros. STF. **ADI 3316 – MT**. Rel. Ministro Eros Grau. 25/10/2004.

GUIMARÃES, Vânio Soares. **A admissão da constitucionalização superveniente pelo sistema jurídico brasileiro**. 2012. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/775. Acesso em 11 mar. 2021.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **Discricionariedade administrativa e desvio de poder**. Disponível em: www.justen.com.br/Informativo22/artigos/a.htm. Acesso em 11 maio 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Leonardo T. B. **As decisões intermediárias**. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7514/as-decisoes-intermediarias/2. Acesso em 11 maio 2021.

LINDOSO, Alessandro Neres. **O fenômeno da constitucionalização superveniente de normas provocada por força Emenda Constitucional**. Conteúdo Jurídico. 2012. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-fenomeno-da-constitucionalizacao-superveniente-de-normas-provocada-por-forca-emenda-constitucional,39079.html. Acesso em 12 mar. 2021.

MACHADO, José R. **A declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo**: construção jurisprudencial. Ebeji Conhecimento Jurídico, 2014. Disponível em: https://blog.ebeji.com.br/a-declaracao-de-inconstitucionalidade-sem-efeito-ablativo-construcao-jurisprudencial/. Acesso em 20 maio 2021.

MARTINS, Cosma Catunda Borges. **O princípio da proporcionalidade**. Jusbrasil. 2014. Disponível em: https://cosminha.jusbrasil.com.br/artigos/114232694/o-principio-da-proporcionalidade. Acesso em 12 maio 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade Constitucional. **Rev. Dir. Adm**. Rio de Janeiro, n. 230, p. 347-356, out./dez., 2002. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46350/45122. Acesso em 11 maio 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral. 2012. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/47839/Tratado_direito_privado_2012.pdf. Acesso em 12 maio 2021.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da constituição**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade Constitucional. Rev. Dir. Adm. Rio de Janeiro, n. 230, p. 347-356, out./dez., 2002. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46350/45122. Acesso em 27 abr. 2021.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Breve resumo de controle de constitucionalidade**: abstato e difuso. 2016. Disponível em: https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/306633425/breve-resumo-de-controle-de-constitucionalidade-abstrato-e-difuso. Acesso em 11 mar. 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral. 2012. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/47839/Tratado_direito_privado_2012.pdf. Acesso em 12 mar. 2021.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STF. Supremo Tribuna Federal. **Recurso Extraordinário 217.141-5**. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331447. Acesso em 12 maio 2021.

VIEIRA, Guaraci de Sousa. **O princípio da nulidade da lei inconstitucional e sua aplicação**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/ site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2333> . Acesso em 12 maio 2021.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2.ed. São Paulo. Malheiros, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 200.