

## A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE NULIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Por PAULO BONAVIDES\*

### ABSTRACT

The most important difference between the two systems used to control constitutionality is their concept of nullity if a law is found unconstitutional. The North American model entails a diffuse control. An unconstitutional law is an act considered null and void as of its origination. Kelsen's theory relativises this nullity, so that an unconstitutional law is considered an annulable act. When a law is ruled unconstitutional under Kelsen's model, the ruling is not simply a declaration, as it would be in the United States, but immediately becomes part of the constitution. Kelsen's system has thus sheds new light on the classical theory of nullity of laws. His concept that an unconstitutional law can be rendered null and void brings new flexibility to the traditional view. It means that the role of constitutional judges becomes much more important and ushers in a material concept of constitution, which we could call principiological constitutionalism.

*Key words:* Constitutionality control, diffuse system, concentrated system, Brazil, nullity at law.

### RESUMEN

La diferencia más importante entre los dos sistemas de control de constitucionalidad está relacionada con el concepto de nulidad de la ley inconstitucional. En cuanto en el modelo norteamericano de control difuso la ley inconstitucional es considerada acto nulo desde su origen, en la teoría desarrollada por Kelsen esa nulidad es relativizada, y la ley inconstitucional es considerada como un acto anulable. La sentencia de inconstitucionalidad en el modelo kelseniano no tiene naturaleza declaratoria, como la considera el sistema norteamericano, sino constitutiva. El sistema de control de constitucionalidad concebido por Kelsen ha traído así una nueva visión a la teoría clásica de la nulidad de las leyes. Su concepción de anulabilidad de la ley inconstitucional ha repre-

---

\* Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa, Membro do Comitê de Iniciativa que fundou em Belgrado a Associação Internacional de Direito Constitucional e Fundador e Diretor da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.

sentado una flexibilización de la visión tradicional, ha atribuido mayor énfasis al papel del juez constitucional y ha significado el preludio de la concepción material de la Constitución, el constitucionalismo principiologico.

*Palabras clave:* Control de constitucionalidad, sistema difuso, sistema concentrado, Brasil, nulidad de ley.

1. A evolução do conceito de nulidade na jurisdição constitucional passa por duas posições-chaves, que historicamente marcam, tanto em esferas doutrinárias como jurisprudenciais, o relevante contributo de Marshall e Kelsen à ciência da Constituição.

Funda Marshall o controle difuso do modelo americano, que já atravessou cerca de dois séculos, ao passo que Kelsen concretiza na Áustria, com a criação do tribunal constitucional — idéia sua — o controle concentrado, em plena expansão desde a segunda metade do século passado, quer na Europa quer na América Latina<sup>1</sup>.

A diferença dos dois sistemas não ocorre unicamente porque o americano faz a sentença em geral ter eficácia apenas «inter partes» e o austríaco, ao revés, a estende «erga omnes», senão pela natureza mesma da decisão que decretou a inconstitucionalidade<sup>2</sup>. A partir daqui se gerou a controvérsia acerca da nulidade do ato inconstitucional: absoluta e dogmática, conforme a jurisprudência dominante desde Marshall; relativa e gradual, consoante a doutrina desenvolvida por Kelsen e adotada pela escola de Viena. Com o fundador do controle difuso, nulidade da lei; com o criador do controle concentrado, anulabilidade.

<sup>1</sup> Sobre a evolução e o norte da justiça constitucional tocante aos dois modelos clássicos — o americano de Marshall e o europeu de Kelsen — ver o denso e fundamentado ensaio de FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, Catedrático da Universidade Complutense de Madrid, intitulado *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, publicado pela Universidad Nacional Autónoma de México, em 2004. De leitura igualmente proveitosa a monografia de EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, prefaciado por HÉCTOR FIX ZAMUDIO, denominada *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica* (FUNDAP, México, 2002). Ver também, sobre os dois modelos acima, CYNARA MONTEIRO MARIANO, *Controle de Constitucionalidade e Ação Rescisória em Matéria Tributária*, Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

<sup>2</sup> Com respeito aos dois sistemas, o Relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus (Lisboa, 1987) assinala: «A questão fundamental é a de saber se a declaração de inconstitucionalidade opera com eficácia *ex tunc* (remontando os seus efeitos, pois, à data de entrada em vigor da norma, ou, eventualmente, tratando-se de norma pré-constitucional, à data da entrada em vigor da Constituição) ou mera eficácia *ex nunc* (operando, pois, somente a partir da publicação da decisão). No primeiro caso, a decisão de inconstitucionalidade produz um efeito de invalidação da norma; no segundo, um efeito puramente revogatório» (*Relatório*, apud SACHA CALMON NAVARRO COELHO, «O Controle da Constitucionalidade das Leis», 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p. 123).

Entre nós, o que tem prevalecido é a teoria da nulidade.

Com efeito, no Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre inconstitucionalidade de leis há seguido literalmente a doutrina de Rui Barbosa, a mesma de Marshall e dos constitucionalistas americanos, que a fundaram e consolidaram.

Por essa direção de pensamento, a sentença de inconstitucionalidade é de natureza declarativa e seus efeitos se produzem *ex tunc*, com força retroativa portanto; a lei inconstitucional é tida por nula, de conseguinte, inteiramente privada de eficácia, e, se teve validade, todos os atos praticados sob sua égide são nulos.

Em verdade, essa célebre doutrina dos constitucionalistas americanos foi muito aplaudida, louvada e preconizada no Brasil por Rui Barbosa, que a condensou nos seguintes termos:

«Toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula<sup>3</sup>.

Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo».

Noutro lugar de seus comentários constitucionais, o célebre jurista fixou a mesma posição dos clássicos do constitucionalismo americano:

«Todo ato do Congresso (diz Kent, o grande comentador), ‘todo ato das assembléias dos Estados, toda cláusula das constituições destes, que contrariarem a Constituição dos Estados Unidos, são necessariamente nulos. É uma verdade óbvia e definitiva em nossa jurisprudência constitucional’<sup>4</sup>.

Depois de dizer que a nulidade é o corretivo da inconstitucionalidade, já para os atos legislativos, já para os da administração, e referir também o princípio de que leis inconstitucionais não são leis, Rui ilustrou essa assertiva com um texto de Black, deste teor:

«Um ato inconstitucional do Congresso, ou de qualquer legislatura de Estado, não é lei (*is not law*): não confere direitos, não estabelece deveres, não cria proteção, não institui cargos. É juridicamente considerado, como se nunca tivesse existido»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> RUI BARBOSA, *A Constituição e os Atos Inconstitucionais*, 2ª edição, Rio de Janeiro s/d, p. 49.

<sup>4</sup> KENT *apud* RUI BARBOSA, *ob. cit.*, p. 44.

<sup>5</sup> BLACK, *Am. Const. Law*, p. 64, n. 37 *apud* RUI BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Coligidos e ordenados por Homero Pires, I Volume, São Paulo, 1932, p. 12.

A jurisprudência da nulidade das leis inconstitucionais, segundo Rui Barbosa, remonta a fins do século XVIII, quando o juiz Patterson, da Suprema Corte dos Estados Unidos, firmou em 1795 o entendimento de que «não pode haver dúvida que todo ato da legislatura, repugnante à Constituição, é absolutamente nulo»<sup>6</sup>.

Prossegue Rui:

«Hoje ninguém ousaria ali contestar esse axioma, sobre o qual assenta a harmonia dos poderes políticos na Constituição americana.

Apelarei, ao acaso, para alguns mestres.

Bouvier<sup>7</sup>:

‘Toda lei inconstitucional é ... *i p s o f a c t o* nula’.

Cooley<sup>8</sup>:

‘A expressão *l e i i n c o n s t i t u c i o n a l*, na jurisprudência americana, é uma antinomia, e envolve contradição nos próprios termos; por isso que, de fato, o ato contrário à Constituição *n a d a t e m d e l e i*’.

‘Quando quer que os representantes do país excederem os limites postos à sua ação pela lei fundamental... a sua deliberação será, como lei, nula’.

‘... tais atos, posto que revestidos de todas as formas de lei, não seriam lei’.

Backer<sup>9</sup>:

‘Quando os atos do Congresso transgridem a Constituição, é da competência dos Tribunais declará-los *n u l o s*’.

Essa linha de raciocínio constitucional sobre nulidade de leis, seguida pela escola americana, tem este remate no juízo de Rui Barbosa:

«Logo, em contravindo à Constituição, o ato legislativo não é lei; porque, transpondo a Constituição, o legislador exorbita do seu mandato, destrói a origem do seu poder, falseia a delegação da sua autoridade»<sup>10</sup>.

Em suma, poder-se-á deduzir dessa doutrina que inconstitucionalidade é nulidade, não é anulabilidade.

2. Tornando, porém, a Kelsen, tornamos à teoria que inova com o conceito de anulabilidade, que ele teorizou com toda a energia e lógica de seu forte raciocínio jurídico.

<sup>6</sup> RUI BARBOSA, *Comentários, ob. cit.*, p. 14.

<sup>7</sup> RUI BARBOSA, *Comentários*, p. 14.

<sup>8</sup> RUI BARBOSA, *Comentários*, p. 14.

<sup>9</sup> RUI BARBOSA, *Comentários*, p. 14.

<sup>10</sup> RUI BARBOSA, *Comentários*, p. 20.

Com efeito, ao publicar em 1934 a primeira edição da Teoria Pura do Direito («Reine Rechtslehre»), Kelsen já assumia a posição originalíssima que serviu de base e raiz a sua doutrina acerca dos efeitos das sentenças judiciais no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Dizia ele a respeito da função da chamada jurisprudência ou do poder judicial que «esta função de nenhum modo tem, como a terminologia ‘declarar o direito’ («Rechts-Findung») dá a entender, e como a teoria de vez em quando supõe, um caráter apenas declaratório, por onde se inferisse que o direito já estava pronto na lei, norma geral, e que o ato do tribunal viria apenas declará-lo ou aplicá-lo. A função da chamada jurisprudência, pelo contrário, é inteiramente constitutiva, é produção jurídica na acepção própria da palavra» conclui o célebre jurista o seu poderoso raciocínio<sup>11</sup>.

Seguindo idêntica linha de pensamento Kelsen mesmo, já em 1934, se manifestava também sobre a «inconstitucionalidade» da lei, do mesmo modo surpreendente com que o fizera respeitante ao tradicional entendimento do caráter declaratório das sentenças judiciais.

Nesse sentido, disse ele:

«O que se denomina ‘inconstitucionalidade’ da lei não é, por conseqüência, uma contradição lógica em que o conteúdo da lei se acha para o conteúdo da Constituição, mas uma condição estatuída pela Constituição para a introdução de um processo que conduz, ou à anulação da lei — até então válida e, por conseguinte, também constitucional — ou à penalização de um determinado órgão»<sup>12</sup>.

À «inconstitucionalidade» se chega por via formal, e não por via material — é o que daí se infere.

Em seu trabalho sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição do Estado («Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit»), apresentado em 1929 nas sessões da Associação Alemã de Professores de Direito

<sup>11</sup> «Diese Funktion hat keineswegs — wie die Terminologie ‘Recht-Sprechung’, ‘Rechts-Findung’ andeutet und wie die Theorie mitunter annimmt — einen bloss deklarativen Charakter, als ob das schon im Gesetz — das ist der generellen Norm — bereits fertige Recht im Akt des Gerichtes nur auszusprechen oder zu finden wäre. Die Funktion der sogenannten Rechtsprechung ist vielmehr durchaus konstitutiv, ist Rechtserzeugung im eigentlichen Sinne des Wortes» (HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig und Wien, 1934, p. 79).

<sup>12</sup> «Was man (Verfassungswidrigkeit) des Gesetzes nennt, ist somit keinesweg ein logischer Widerspruch, in dem der Inhalt eines Gesetzes zum Inhalt der Verfassung steht, sondern eine von der Verfassung statuierte Bedingung für die Einleitung eines Verfahrens, das entweder zur Aufhebung des — bis dahin gültigen und sohin auch verfassungsmässigen — Gesetzes oder zur Bestrafung eines bestimmten Organs führt» (HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1ª edição, Leipzig und Wien, 1934, p. 86).

Público, Hans Kelsen pôs, como uma de suas conclusões, que o resultado da judicatura de um tribunal constitucional deve ser a anulação («Kassation») do ato lesivo ao direito e não a sua reformação («Reformation»), ou seja, sua substituição por um ato legítimo<sup>13</sup>.

E acrescenta:

«A anulação de normas gerais (leis, decretos, etc) pelo tribunal constitucional é sentença judicial que tem caráter legislativo (o tribunal como legislador negativo)»<sup>14</sup>.

Em seguida, recomenda a possibilidade de dar ao tribunal constitucional, por ocasião da anulação de uma lei geral, e debaixo de certas condições a serem determinadas, a faculdade de fazer vigorar até nova ordem aquela norma que tivera validade antes de ser anulada<sup>15</sup>.

Externou Kelsen, com mais clareza e acuidade, seu pensamento acerca da lei tida por inconstitucional, na célebre segunda edição da «Teoria Pura do Direito», donde fizemos este extrato:

«A declaração de que uma lei em vigor é «inconstitucional», é uma *contradictio in adjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com base na Constituição. Quando se tem fundamento para admitir que uma lei é válida, deve o fundamento de sua validade residir na Constituição. De lei inválida não se pode, porém, declarar que seja inconstitucional, pois lei inválida de modo algum é lei; não o é porque juridicamente não existe, portanto, acerca dela nenhuma assertiva de direito é possível. Ainda que na jurisprudência tradicional se faça a usual afirmação de que uma lei inconstitucional tem significado jurídico, isto não pode ser tomado ao pé da letra. Sua significação consiste unicamente nisto: que a lei questionada pode ser anulada segundo a Constituição, não apenas pelo procedimento habitual, a saber, mediante outra lei na conformidade do princípio *lex posterior derogat priori*, mas também por uma via constitucionalmente prevista. Mas enquanto ela não é anulada, deve ser considerada por válida; e enquanto for válida, não é inconstitucional»<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> «Nichtigkeit des rechtswidrigen Aktes, seine Vernichtung (Kassation) und eventuell seine Ersetzung durch einen rechtmässige Akt (Reformation)». HANS KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», in *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, herausgegeben VON HANS KLECATSKY, RENÉ MARCIC, HERBERT SCHAMBECK, Band 2 Europa Verlag Wien, 1968, p. 1868. Ver também HANS KELSEN, «Aussprache über die Berichte zum ersten Beratungsgegenstand», in *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDST, Heft 5, Berlin und Leipzig, 1928, p. 117.

<sup>14</sup> HANS KELSEN, in *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, *ob. cit.*, p. 1870.

<sup>15</sup> HANS KELSEN, *ob. cit.*, pp. 1870/1871.

<sup>16</sup> «Die Aussage, dass ein gültiges Gesetz 'verfassungswidrig' sei, ist eine *contradictio in adjecto*».

3. Desenvolvendo mais considerações acerca de aspectos relativos à inconstitucionalidade das leis, afirma Kelsen literalmente que, dentro de uma ordem jurídica, algo como nulidade («Nichtigkeit») não existe; por conseguinte, a norma de direito que pertencer a um ordenamento jurídico não pode ser nula mas tão somente anulável<sup>17</sup>.

Demais disso, acrescenta o Mestre da Escola de Viena, esta anulabilidade, prevista na Constituição, pode ter diferentes graus. Entende ele que a norma jurídica, via de regra, só tem sua eficácia suprimida para o futuro. De tal modo que permanecem intangíveis os efeitos produzidos debaixo de sua vigência<sup>18</sup>.

No entanto, pondera o insigne teorista, ela pode ser também suprimida com força retroativa para o passado («mit rückwirkender Kraft für die Vergangenheit»), de modo que todos os efeitos jurídicos, surgidos sob o império de tal norma sejam aniquilados. Mas, continua o abalizado jurisconsulto, a lei, até sua anulação era válida; não era nula desde o princípio<sup>19</sup>.

Portanto, segundo o mesmo Autor, é inexato designar como «declaração de nulidade» a decisão que suprime uma lei, quando, nessa decisão, o órgão que extermina a lei a declara «nula desde o começo»<sup>20</sup>. Sua decisão não tem assim caráter simplesmente declaratório, mas constitutivo («Seine Entscheidung hat keinen bloss deklarativen, sondern einen konstitutiven Charakter»<sup>21</sup>.

---

dictio in adjecto; denn ein Gesetz kann gültig nur auf Grund der Verfassung sein. Wenn man Grund hat anzunehmen, dass ein Gesetz gültig ist, muss der Grund seiner Geltung in der Verfassung liegen. Von einem ungültigen Gesetz kann aber nicht ausgesagt werden, dass es verfassungswidrig sei, da ein ungültiges Gesetz überhaupt kein Gesetz, weil rechtlich nicht existent ist, und daher darüber keine rechtliche Aussage möglich ist. Soll die in der traditionellen Jurisprudenz übliche Behauptung eines verfassungswidrigen Gesetzes einen möglichen juristischen Sinn haben, kann sie nicht wörtlich genommen werden. Ihre Bedeutung kann nur sein, dass das in Rede stehende Gesetz gemäss der Verfassung nicht nur in dem gewöhnlichen Verfahren, das heisst: durch ein anders Gesetz nach dem Grundsatz *lex posterior derogat priori*, sondern auch in einem besonderen, von der Verfassung vorgesehen Verfahren aufgehoben werden kann. So lange es aber nicht aufgehoben ist, muss es als gültig angesehen werden; und so lange es gültig ist, kann es nicht verfassungswidrig sein» (HANS KELSEN, «Reine Rechtslehre», *Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960*, Wien, p. 275).

<sup>17</sup> «Aus dem Vorhergehenden ergibt sich auch, dass es innerhalb einer Rechtsordnung so etwas wie Nichtigkeit nicht geben, dass eine zu einer Rechtsordnung gehörende Rechtsnorm nicht nichtig, sondern nur vernichtbar sein kann» (HANS KELSEN, «Reine Rechtslehre», *Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960*, Unveränderter Nachdruck 1976, Wien, p. 280).

<sup>18</sup> HANS KELSEN, *ob. cit.*, pp. 280/281.

<sup>19</sup> HANS KELSEN, *ob. cit.*, p. 281.

<sup>20</sup> HANS KELSEN, *ob. cit.*, p. 281.

<sup>21</sup> HANS KELSEN, *ob. cit.*, p. 281.

Adiante Kelsen reforça esse entendimento com afirmar que uma decisão tem caráter constitutivo contanto que se questione a validade de uma norma de direito.

Depois de comparar o Direito ao rei Midas, relatando que este tudo quanto tocava transformava em ouro, e aquele tudo com que se relacionava assumia caráter jurídico, Kelsen, na segunda edição revista de sua clássica «Teoria Pura do Direito», termina o feixe de reflexões sobre nulidade e anulabilidade da lei com afirmar que no interior da ordem jurídica a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade («Innerhalb der Rechtsordnung ist Nichtigkeit nur der höchste grad der Vernichtbarkeit»)<sup>22</sup>.

Discípulos de Kelsen, em posições recentes, buscaram atenuar a força do contraste entre as duas formas de sentenças — a declaratória e a constitutiva — acostando-se a uma distinção entre validade da norma (valor declaratório) e vigência da norma (valor constitutivo). Este, por exemplo, foi o entendimento de Juan José Moreno, que se exprimiu nestes termos:

«Em resumo: as sentenças de um tribunal constitucional têm valor *declarativo* acerca da questão de determinar se uma norma é válida ou inválida; ao contrário, têm valor *constitutivo* quando se trata da questão de dizer se a norma está ou já não está em vigor»<sup>23</sup>.

Moreno, em nota de pé de página, deu mais força a esse juízo, arriado em Guastini, constitucionalista italiano, o qual opinava que em sistemas de controle a p o s t e r i o r i de norma a declaração de que uma norma é constitucional, «constitui» para sempre sua validade («Geltung»), com o que atribui ela valor c o n s t i t u t i v o a determinadas sentenças de um tribunal constitucional.

4. Enfim, o pensador normativista de Viena criou e reformou, por conseguinte, a teoria clássica da nulidade, até quebrantar-lhe a rigidez mediante a ênfase inovadora posta sobre a anulabilidade das leis.

É de assinalar do mesmo passo que na esteira daquele raciocínio lógico acerca dos efeitos constitutivos e não meramente declarativos da sentença de inconstitucionalidade, poder-se-ia vislumbrar o embrião de uma idéia que venha dar impulso e reforço a uma teoria material da constituição. Isto se torna perceptível na esfera da criatividade normativa, quando

<sup>22</sup> HANS KELSEN, *ob. cit.*, p. 282.

<sup>23</sup> «Kurz gesagt: Die Urteile eines Verfassungsgerichts haben deklarativen Wert hinsichtlich der Frage, ob eine Norm gültig oder ungültig ist; dagegen haben sie konstitutiven Wert hinsichtlich der Frage, ob eine Norm in Geltung bzw. Nicht mehr in Geltung ist» (JOSÉ JUAN MORENO, «Verfassungswidrige Normen», in *Rechtstheorie*, 25. Band 1994, Heft 4, Berlin, p. 444).

se entende que o juiz, ao aplicar a norma do caso concreto, é, a um tempo, magistrado que decide e intérprete que legisla.

Com a abertura do caminho ao pluralismo de soluções tiradas da norma por ocasião do ato hermenêutico e, por igual, com o reconhecimento e a consagração da figura do juiz-legislador, aquele da sentença constitutiva, configurou-se tacitamente um dos primeiros passos, posto que de-veras tímido, rumo a uma nova concepção de teoria material da Constituição. Essa teoria a inaugurou o constitucionalismo principiológico, que, de último, governa as Constituições da contemporaneidade na era do pós-positivismo.