



Eduardo Henrique Santos Cavalcanti

A REPRISTINAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NAS ORDENS JURÍDICAS PORTUGUESA E BRASILEIRA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre) na Menção em Direito Constitucional

Orientador: Doutor Fernando Alves Correia

Julho/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**UNIVERSIDADE DE
COIMBRA**

**FACULDADE
DE
DIREITO**

EDUARDO HENRIQUE SANTOS CAVALCANTI

A REPRISTINAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NAS ORDENS JURÍDICAS PORTUGUESA E BRASILEIRA

REINSTATEMENT OF LAWS IN THE SCOPE OF JUDICIAL REVIEW IN PORTUGUESE AND BRAZILIAN LAWS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na Menção em Direito Constitucional.

Orientador: Doutor Fernando Alves Correia

COIMBRA

2018

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a repristinação no âmbito do controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos, tanto em sua generalidade, enquanto fenômeno abstrato decorrente de outras premissas ou postulados jurídicos, como em suas específicas configurações na esfera do direito positivo português e brasileiro, através inclusive, nesse ponto particular, de análise comparativa. Ele divide-se em três capítulos. O primeiro traz as linhas gerais a respeito da repristinação, enquanto gênero, e da repristinação judicial, e delimita o tema quanto às espécies normativas e quanto às modalidades de inconstitucionalidade e de seu controle, dentre outros. O segundo aborda especificamente o efeito repristinatório na esfera do controle judicial abstrato sucessivo de constitucionalidade, seu tratamento legislativo e jurisprudencial e seu enquadramento no espectro geral dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade em abstrato. O terceiro trata da repristinação no controle judicial sucessivo concreto de constitucionalidade, ou, mais especificamente, do debatido problema de sua existência ou inexistência nessa espécie de fiscalização.

Palavras-chave: repristinação, efeito repristinatório, controle de constitucionalidade, jurisdição constitucional, inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the reinstatement of laws in the scope of judicial review both in its generality, as an abstract phenomenon derived from other premises or postulates, and in its specific configurations in the sphere of portuguese and brazilian positive law, including through a comparative analysis in this particular point. It is divided into three chapters. The first one draws the general lines regarding reinstatement, as a genre, and about judicial reinstatement, and delimits the theme regarding normative species and the modalities of unconstitutionality and its control, among others. The second deals specifically with the judicial reinstatement in the sphere of successive abstract judicial review, its legislative and jurisprudential treatment, and its framing in the general spectrum of the effects of the declarations of unconstitutionality. The third treats of judicial reinstatement in concrete successive judicial review, or, more specifically, of the debated problem of its existence or non-existence in this kind of supervision.

Keywords: law reinstatement, judicial reinstatement, judicial review, constitutional jurisdiction, unconstitutionality

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

STF – Supremo Tribunal Federal

CRP – Constituição da República Portuguesa

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

TC – Tribunal Constitucional (Portugal)

Sumário

1	INTRODUÇÃO: LINHAS GERAIS E DELIMITAÇÃO DO TEMA	6
1.1	Os vários conceitos de repristinação	6
1.2	Modalidades de repristinação	8
1.3	Conceito de repristinação judicial	11
1.4	A repristinação judicial e o valor jurídico negativo da lei inconstitucional ..	12
1.5	A repristinação judicial e as espécies normativas	21
1.5.1	Repristinação judicial de normas constitucionais	24
1.5.2	Repristinação judicial de normas infralegais	32
1.5.3	Repristinação judicial de leis ordinárias	34
1.6	Objecções à repristinação judicial.....	34
1.7	Restrições à repristinação judicial.....	36
1.8	Repristinação judicial e inconstitucionalidade superveniente	54
1.9	O controle jurisdicional de constitucionalidade e suas modalidades	55
2	A REPRISTINAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE JUDICIAL SUCESSIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	59
2.1	Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle judicial sucessivo abstrato (artigo 282 da Constituição da República Portuguesa)	59
2.2	Tratamento legislativo e jurisprudencial relativo à repristinação no âmbito do controle judicial sucessivo abstrato de constitucionalidade.....	61
2.3	A repristinação judicial e a medida cautelar em sede de ação de controle abstrato sucessivo de constitucionalidade.....	64
2.4	Competência do Tribunal Constitucional em matéria de repristinação no âmbito do controle judicial sucessivo abstrato de constitucionalidade.....	66
3	NOTAS ESPECÍFICAS SOBRE A REPRISTINAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE SUCESSIVO CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE	68
4	CONCLUSÃO.....	70
5	BIBLIOGRAFIA	72
6	JURISPRUDÊNCIA.....	76

1 INTRODUÇÃO: LINHAS GERAIS E DELIMITAÇÃO DO TEMA

1.1 Os vários conceitos de repristinação

Importa, nas primeiras linhas deste trabalho, definir o chamado fenômeno repristinatório. Nesta seara, não há perfeita convergência entre as fontes. Ao contrário, delas se pode extrair uma plêiade de conceitos de repristinação ligeiramente distintos entre si.

Sob a luz do mais amplo conceito, repristinação é a restauração de uma norma jurídica que já não se encontrava em vigor. É sempre, portanto, uma volta ao passado, ao antigo. É, aliás, o que se extrai da própria etimologia dessa palavra, que se forma pela adição das partículas “*re*” (retrocesso) e “*pristinus*” (antigo, de outro tempo, precedente)¹. Esse fenômeno pressupõe, então, três momentos: o primeiro, em que a norma nasce e vigora até se extinguir; o segundo, durante o qual a norma, em razão de sua extinção, já não vigora mais; e o terceiro, o de restauração, quando a norma volta a vigorar.

Há também quem afirme que a repristinação é a restauração de uma norma jurídica revogada². Esse conceito é mais restrito que o anterior, já que a revogação não é a única modalidade de extinção de normas jurídicas. Uma norma pode se extinguir também por força de caducidade³. Assim, essa definição desconsidera, por exemplo, a possibilidade de restauração, através de nova lei, do vigor de uma norma temporária caduca por transcurso de seu prazo predeterminado de vigência. Esse seria um evento repristinatório no âmbito do primeiro conceito, mas não no deste.

¹ SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 705.

² PAULO, Antonio de (ed.), *Pequeno dicionário jurídico*, 2ª ed. atual., DP&A, Rio de Janeiro, 2004, pág. 300; DINIZ, Maria Helena, *Dicionário jurídico*, 3ª ed. rev., atual. e aum., vol. 4, Saraiva, São Paulo, 2008, pág.; ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, *Dicionário básico de direito Acquaviva*, 2ª ed. rev. e atual., Editora Jurídica Brasileira, São Paulo, 1997, pág.; GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.), *Dicionário jurídico*, 3ª ed., Rideel, São Paulo, 1999, pág. 157; COSTA, Wagner Veneziani, *Dicionário jurídico*, Madras, São Paulo, 2005, pág. 258;

³ “Ao dizermos que a cessação da eficácia da lei é a revogação, aludimos a esta como sua causa normal e freqüente. Mas não podemos considerá-la como razão única. Pode, ainda, ocorrer a morte da norma jurídica independentemente da existência de uma lei posterior que a venha destruir. Há leis que trazem ínsito o germe de extinção de sua obrigatoriedade. Há leis que já começam a vigorar com o estabelecimento de um prazo para a sua vigência, e força obrigatória a termo certo, não necessitando, por isso mesmo, da votação de outra lei para que percam a sua força. São chamadas, então, leis temporárias.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, 22ª ed., vol. 1, Forense, Rio de Janeiro, 2008, págs. 124-125).

Para outros, a repristinação é a restauração do vigor de uma norma jurídica após a revogação da lei que a revogou⁴. Essa definição é, por sua vez, mais restrita que a anterior, pois exige também que a lei que revoga a norma a repristinar seja, no futuro, também alvo de revogação. No entanto, é possível que uma lei temporária revogue outra lei e que esta, após a caducidade daquela, ressurgja (No Brasil e em Portugal, desde que o legislador o imponha expressamente, na própria lei temporária, em razão do disposto no art. 2º, §3º, do Decreto-lei nº 4.657 de 1942⁵ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no artigo 7º, nº 4, do Código Civil Português de 1966⁶). Esse evento seria repristinação à luz do conceito anterior, mas não à luz deste.

Também se diz ser a repristinação o renascimento de uma norma em consequência da revogação da norma que a revogou⁷. Esse conceito é ainda mais restrito quando exige que a repristinação seja efeito direto da revogação da lei revogatória, ou seja, que haja entre uma e outra uma relação de causalidade.

Contudo, adotar definição tão restrita seria afastar a possibilidade de repristinação legislativa, ao menos no âmbito dos direitos positivos brasileiro e português. Por força do art. 2º, § 3º, do Decreto-lei nº 4.657 de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), no Brasil, e do art. 7º, nº 4, do Código Civil de 1966, em Portugal, a revogação da lei revogatória não conduz, por si só, ao ressurgimento da lei primeiramente revogada. Algo mais, portanto, é necessário: a expressa vontade repristinatória do legislador. No entanto, esse desígnio repristinatório é autônomo em relação ao revogatório e com este não se confunde. A repristinação, nesse caso, seria efeito direito do primeiro e não do segundo. Se assim não fosse, ou seja, se houvesse, de fato, uma relação de causa e efeito entre a revogação da norma revogatória e a repristinação da norma inicialmente revogada, a primeira seria suficiente para a ocorrência da segunda. Isso, contudo, é justamente o que vedam os dispositivos supracitados.

⁴ FELIPPE, Donaldo J., *Dicionário jurídico de bolso*, 16ª ed., Millennium Editora, Campinas, 2004, pág. 222;

⁵ “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

⁶ “A revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que esta revogara”.

⁷ KATCHI, António, *Dicionário da Parte Geral do Código Civil Português*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pág. 177; PRATA, Ana, *Dicionário jurídico*, 5ª ed. atual. e aument., vol. 1, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 1288. Ana Prata lembra que a caducidade da lei revogatória também pode gerar a restauração da lei anterior, desde que disposição repristinatória o preveja expressamente. António Katchi, por sua vez, acrescenta a declaração de invalidade da lei extintiva como causa apta a restaurar a norma extinta.

1.2 Modalidades de repristinação

Parte da doutrina brasileira resiste a classificar como repristinação a restauração de uma norma em decorrência da declaração de inconstitucionalidade de sua lei revogatória. Alguns, inclusive, distinguem a repristinação do “efeito repristinatório”. Segundo Clèmerson Clève, por exemplo, o efeito repristinatório é a restauração de uma norma aparentemente revogada. A revogação é mera aparência quando a norma revogatória nunca chega a possuir, de fato, aptidão para revogar outra lei, em razão de sua inconstitucionalidade e de sua consequente invalidade *ab initio*. Assim, a revogação, nesses casos, ocorre apenas no plano das aparências. Já a repristinação seria o ressurgimento, por meio da revogação da norma revogadora, de uma norma efetivamente revogada⁸.

O primeiro caso envolve uma declaração de nulidade de uma norma jurídica inconstitucional e está associado à atividade de controle judicial da constitucionalidade. O segundo, por envolver a efetiva revogação de uma norma, pressupõe atividade legislativa. A revogação promovida pelo legislador, seja ela expressa ou tácita, suprime a lei da ordem jurídica prospectivamente, ou seja, impede a sua continuidade, mas não a atinge desde sua origem. Por isso, seus eventuais efeitos revogatórios sobrevivem incólumes e permanecem válidos.

Olavo Ferreira, interpretando com correção a distinção apontada, afirma que, sob essa óptica, a repristinação seria um fenômeno legislativo, enquanto o efeito repristinatório, que decorre da declaração de nulidade de uma norma que não revogou validamente a norma anterior, forçosamente envolve uma decisão judicial⁹.

No entanto, não parece adequada, do ponto de vista terminológico, esta distinção, já que tanto a declaração judicial de nulidade quanto a revogação legislativa de uma norma revogatória possuem efeitos repristinatórios (nesta última hipótese, se o legislador expres-

⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, pág. 250. Este autor diz que o efeito repristinatório é “o fenômeno da reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Já a repristinação, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma efetivamente revogada em função da revogação (mas não da anulação) da norma revogadora.”

⁹ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, “O efeito repristinatório na declaração de inconstitucionalidade”, in *Atualidades jurídicas (Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade de Educação São Luiz)*, Nº 5, Ano V (2009), pág. 40.

samente o impuser, como já dito). “Efeito” é o “produto de uma causa”, ou o “resultado de um ato qualquer”¹⁰. Sob uma perspectiva, o efeito repristinatório é, exatamente, a própria repristinação, que é um produto, um resultado de uma ocorrência (a declaração de nulidade ou a revogação legislativa de uma norma revogatória). Distingue-se aqui claramente a causa (qualquer um dos eventos citados acima) e o efeito (a repristinação). Sob outra perspectiva, pode-se até dizer que os eventos geradores de repristinação possuem efeitos repristinatórios, já que eles detêm o atributo de gerar repristinação. Mas, nesse caso, a expressão “efeitos repristinatórios” teria de forçosamente se referir tanto à declaração de nulidade quanto à revogação legislativa de uma norma revogatória.

Luís Roberto Barroso, mais adequadamente, utiliza as expressões como sinônimos¹¹. O Supremo Tribunal Federal faz o mesmo em inúmeros julgados, ou seja, utiliza ambas as expressões para designar o mesmo instituto¹².

Em Portugal, a própria Constituição de 1976 chama de “repristinação” o ressurgimento de uma norma por força da declaração de inconstitucionalidade da lei que a revogou, embora, em tal ocasião, ela se refira exclusivamente às declarações com força obrigatória geral proferidas em sede de controle abstrato¹³. O texto constitucional, assim, parece não sustentar nenhuma distinção entre a restauração oriunda da atividade judicial de controle da constitucionalidade e aquela a que se refere o n° 4 do artigo 7° do Código Civil Português de 1966.

A doutrina portuguesa, talvez em razão da escolha terminológica indiscutível do texto constitucional, não hesita em chamar de “repristinação” a restauração de uma norma

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI*, Editora Nova Fronteira e Lexikon Informática, Rio de Janeiro, 1999 (Versão 3.0. 1 CD-ROM)

¹¹ “A premissa da não-admissão de efeitos válidos decorrentes do ato inconstitucional conduz, inevitavelmente, à tese da repristinação da norma revogada. É que, a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida por revogada importará na admissão de que a lei inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito objetivo a uma vontade que era viciada desde a origem. Não há teoria que possa resistir a essa contradição” (BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 7ª ed. rev., Saraiva, São Paulo, 2009, págs. 96-97.

¹² RE 114.689-3, Relator Ministro Oscar Corrêa, j. 11/12/1987; ADIN 2574, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 29/08/2003; ADIN 2847, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 05/08/2004; ADIN 2154 e ADIN 2258, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 14/02/2007.

¹³ Artigo 282, n° 4, da Constituição da República Portuguesa. Apesar do silêncio da Constituição de 1976, grande parte da doutrina portuguesa, como se verá, admite a possibilidade de repristinação judicial em sede de controle concreto de constitucionalidade.

por força da atividade judicial de controle de constitucionalidade, embora utilize também a expressão “efeito repristinatório” para se referir ao mesmo fenômeno em muitas ocasiões¹⁴.

Julgamos adequado estabelecer a distinção entre repristinação judicial e repristinação legislativa. A primeira ocorre por força da atividade judicial de controle de constitucionalidade das leis, como consequência da declaração de nulidade de uma norma revogatória. Sendo esta inválida desde o início, inválido é também o efeito revogatório que exerceu sobre a norma que revogou, que, em razão disso, ressurgiu. A segunda é fruto de atividade legislativa, ou, mais especificamente, da revogação de uma norma revogatória associada a uma manifestação de vontade repristinatória do legislador (esta modalidade, segundo alguns autores, poderia não envolver apenas três leis em sentido estrito, mas também uma lei e a superveniência de duas constituições. Nessa situação específica, uma dada norma jurídica *stricto sensu*, extinta em razão do surgimento de nova constituição com que não se compatibiliza, retornaria ao vigor por força do nascimento de uma segunda constituição com ela compatível¹⁵). Esta é a terminologia que será empregada no presente trabalho.

A depender do conceito adotado, são juridicamente possíveis tanto a repristinação legislativa quanto a repristinação fruto da atividade judicial de controle de constitucionalidade.

Como já visto, a simples revogação de uma norma revogatória não gera a restauração da lei revogada, enquanto, ao contrário, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, por si só, já tem o condão de fazê-lo. Assim é porque a natureza da revogação legal é diferente daquela da declaração de inconstitucionalidade: a primeira é fruto do exercício, pelo legislador, de um poder político-jurídico de extinguir a vigência de uma norma por razões de conveniência política, econômica ou social, dentre outras. Esse ato

¹⁴ Fernando Alves Correia diz: “Uma questão específica, que interessa sublinhar, é a consagração na Constituição portuguesa da regra de que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia ‘*erga omnes*’ acarreta a *repristinação* da norma ou regime revogados pela norma ou normas declaradas inconstitucionais” (*Justiça constitucional*, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 346). Rui Medeiros claramente utiliza as duas expressões como sinônimos no seguinte trecho de uma de suas obras: “O efeito repristinatório constitui também uma solução coerente *no quadro da teoria da anulabilidade da lei inconstitucional*. Sem dúvida que a repristinação constitui uma solução estranha num sistema que preveja a anulação, sem eficácia retroactiva, da lei inconstitucional”. (*A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica, Lisboa, 1999, pág. 652.)

¹⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David/NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, *Curso de direito constitucional*, 19ª ed. rev. e atual., Editora Verbatim, São Paulo, 2015, págs. 50-51. Esses autores ressaltam que a ocorrência de tal evento também não é possível sem que haja uma expressa disposição que o determine.

atinge apenas os efeitos futuros da lei, e não aqueles já produzidos. Assim, permanece incólume o efeito revogatório. A segunda, ao contrário, é um juízo jurídico estrito a respeito da compatibilidade da lei com o texto constitucional. A inconstitucionalidade gera a nulidade *ab initio* da lei, o que significa também a invalidade do seu efeito revogatório¹⁶.

1.3 Conceito de repristinação judicial

Este trabalho se debruçará apenas sobre a repristinação judicial, cujas características essenciais fazem-na encaixar no mais restrito conceito de repristinação. Em primeiro lugar, só uma norma revogada pode repristinar na esfera do controle judicial de constitucionalidade. A causa da repristinação judicial é justamente a invalidade do efeito revogatório da lei inconstitucional sobre outra lei, que, por isso, renasce. Uma lei caduca não sofreu o efeito revogatório de nenhuma outra lei, e, portanto, nenhuma declaração de nulidade poderá surtir efeitos repristinatórios sobre ela.

Em segundo lugar, a norma revogatória, ou seja, a que revoga a lei a repristinar, será necessariamente declarada inválida, em razão de sua inconstitucionalidade, por um órgão jurisdicional. Esse evento é a própria causa da repristinação judicial e integra-se ao seu conceito. É verdade que, antes dele, a norma revogatória pode até caducar ou ser revogada. É plenamente possível e útil a declaração de inconstitucionalidade de uma norma já extinta por revogação ou caducidade, tendo em vista os efeitos retroativos dessa declaração que, se não terá relevância para o futuro, atingirá os efeitos que um dia a norma produziu. Essa é a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional português conforme exposto no acórdão 187/2003¹⁷.

¹⁶ COSTA, Tiago Félix da, “A repristinação de normas no recurso de fiscalização concreta da onstitucionalidade”, in *O direito*, Ano 140, II, pág. 436;

¹⁷ Acórdão n.º 187 do Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 2003: “o facto de as normas objecto de um pedido de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, haverem sido, entretanto, revogadas não impossibilita automaticamente o conhecimento desse pedido (atentos os efeitos *ex tunc* que aquela declaração, em princípio, produzirá: artigo 282.º, n.º 1, da CRP): ponto é que o conhecimento do pedido conserve, no caso, utilidade ou interesse relevantes”.

Em terceiro lugar, a repristinação judicial, como já visto, será sempre efeito direto da declaração de nulidade, já que esta afetará a eficácia revogatória da norma inconstitucional e fará, assim, ressurgir a norma por esta revogada.

Pode-se, então, definir a repristinação no âmbito do controle judicial de constitucionalidade como *a restauração do vigor de uma norma jurídica em consequência da declaração de nulidade, por motivo de inconstitucionalidade, da lei que a revogou.*

1.4 A repristinação judicial e o valor jurídico negativo da lei inconstitucional

Os valores jurídicos negativos são sanções, decorrentes da ordem jurídica, que recaem sobre atos jurídicos, a depender do caso¹⁸. Surgem inicialmente no âmbito do direito civil, embora constituam hoje patrimônio comum de toda a ciência jurídica¹⁹.

Na esfera civil, Rui Medeiros elenca cinco valores jurídicos negativos: a inexistência, a nulidade, a anulabilidade, a ineficácia e a irregularidade. A característica essencial do regime jurídico da nulidade, segundo esse autor, é a ineficácia *ab initio*, ou seja, o ato nulo não chega a produzir efeitos, é ineficaz desde sua origem. Já o ato anulável, apesar de viciado, pode, ao contrário, produzir efeitos até sua anulação²⁰.

Na doutrina brasileira, Maria Helena Diniz também ressalta a ineficácia *ab initio* dos atos nulos ao afirmar que “um ato negocial que resulta em nulidade é como se nunca tivesse existido desde sua formação”²¹. O mesmo faz Regina Maria Macedo Nery Ferrari,

¹⁸ MEDEIROS, Rui, “Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional”, in *O direito* (1989), pág. 485. Ele diz: “o valor jurídico negativo não se reconduz à inconstitucionalidade mas à sua consequência; respeita à sanção que decorre da ordem jurídica para a norma inconstitucional”. Maria Helena Diniz afirma que “a nulidade vem a ser a sanção, imposta pela norma jurídica, que determina a privação dos efeitos jurídicos do negócio praticado em desobediência ao que prescreve” (*Curso de direito civil brasileiro*, 27ª ed., vol. 1, Saraiva, São Paulo, 2010)

¹⁹ MEDEIROS, Rui, “Valores...”, *op. cit.*, pág. 485.

²⁰ “A característica essencial do regime jurídico dos negócios nulos é a de que o negócio *ab initio* não produz, por força de lei, os efeitos que lhe correspondem. É bem elucidativa a expressão tradicional segundo a qual *quod nullum est, nullum producit effectum*. O elemento fundamental do regime da anulabilidade é o facto de o negócio, apesar de viciado, poder iniciar a produção de efeitos jurídicos” (*Idem*, pág. 488).

²¹ DINIZ, Maria Helena, *Curso... op. cit.*, pág. 558.

que afirma que nulo é o ato intrinsecamente ineficaz, que não possui elementos essenciais à perfeição e que, por isso, não produz efeitos desde seu nascimento²².

Na esfera do direito administrativo, área que pertence ao ramo do direito público e que guarda maior afinidade com o direito constitucional, Rui Medeiros mantém a mesma tipologia de valores jurídicos negativos. Além disso, os regimes jurídicos associados a cada um deles são, em larga medida, os mesmos: “o acto nulo não produz quaisquer efeitos de direito, nem é apto a constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas”. A característica essencial do regime da anulabilidade é, por sua vez, permitir que o ato, apesar de inválido, inicie a produção de efeitos jurídicos até sua eventual anulação²³.

Vieira de Andrade segue o mesmo caminho, afirmando que, para a lei, para a doutrina e para a jurisprudência, existem dois tipos fundamentais de invalidades quanto ao ato administrativo: a nulidade e a anulabilidade, cujos regimes jurídicos se distinguem entre si e não correspondem, segundo esse autor, àqueles associados às invalidades no âmbito do direito privado²⁴.

A nulidade, segundo ele, estaria associada aos vícios mais graves e gera, em razão disso, consequências mais radicais. Ela impede que o ato produza efeitos e obrigue os seus destinatários. Além disso, não necessita de declaração judicial e a qualquer momento se pode invoca-la ou fazê-la valer²⁵.

A anulabilidade, ao contrário, se associa a vícios menos graves e não impede a produção de efeitos do ato, que é, desde logo, executável, mesmo mediante coação, se for o caso. Apenas os interessados podem invoca-la, dentro de certo prazo cujo fim torna o ato inimpugnável. No entanto, uma eventual anulação teria eficácia retroativa, ou seja, elimi-

²² “Vale dizer, nulo é o ato intrinsecamente ineficaz, quando lhe faltam elementos essenciais à perfeição e, conseqüentemente, tal ato não pode produzir efeitos *ab initio*” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 2ª ed. ampl. e atual., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, pág. 84).

²³ MEDEIROS, Rui, “Valores...”, *op. cit.*, págs. 492-493.

²⁴ ANDRADE, Vieira de, “Validade (do acto administrativo)”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, pág. 586.

²⁵ *Idem*, pág. 586.

naria os efeitos pretéritos gerados pelo ato administrativo desde seu surgimento até o momento da decisão anulatória²⁶.

Para Vieira de Andrade, assim, a principal expressão do regime jurídico da nulidade é a improdutividade total do ato, inclusive independentemente de qualquer declaração. O autor supracitado cita, inclusive, o nº 1 do artigo 134 do Código de Processo Administrativo de 1991, que dispõe que “o acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade”. Já o regime da anulabilidade se caracteriza pela produtividade provisória do ato administrativo, que, ademais, é inimpugnável após o fim de certo prazo.

Embora haja, no âmbito de cada ramo supracitado, especificidades quanto a esta temática, se pode reconhecer que, tanto em um quanto em outro, a essencial diferença entre o regime da nulidade e o da anulabilidade é a seguinte: o primeiro pressupõe a privação *ab initio* de efeitos jurídicos ao ato viciado, enquanto o segundo permite que ele produza efeitos até uma eventual e posterior anulação²⁷.

Diz-se que a norma que desafia a constituição é nula, e não meramente anulável.

No Brasil, tanto a doutrina quanto a jurisprudência adotam majoritariamente a tese da nulidade da lei inconstitucional. A primeira, aliás, o faz desde tempos mais longínquos, já inspirada no pensamento jurídico e nos precedentes judiciais norte-americanos.

A doutrina argumenta que supor a mera anulabilidade da lei inconstitucional é violar o postulado da supremacia da constituição. Admitir que uma norma incompatível com a constituição produza, durante algum período de tempo, regulares efeitos é, ao mesmo

²⁶ “Diferentemente, a anulabilidade, que é a sanção jurídica para os vícios menos graves, não obsta à produção de efeitos do acto, que pode ser executado (mesmo coactivamente, se possuir força executória); a anulabilidade pode ser feita valer em recurso administrativo ou jurisdicional, mas só pode ser invocada pelos interessados dentro de um prazo, cuja queda torna o acto inimpugnável – contudo, uma eventual anulação (administrativa ou contenciosa) terá eficácia retroactiva, eliminando, em geral, os efeitos entretanto produzidos pelo acto, que, nesse sentido, têm de ser considerados provisórios” (*Idem*, pág. 586)

²⁷ No âmbito da doutrina brasileira, Celso Antônio Bandeira de Mello é voz dissonante quanto a essa questão. Esse jurista afirma que tanto o ato nulo quanto o anulável se submetem ao mesmo regime no tocante ao alcance temporal da supressão de seus efeitos. Em tais circunstâncias, segundo o supracitado autor, ganharia relevância a distinção entre atos restritivos de direito e atos ampliativos de direito: a declaração de nulidade (ou a anulação) dos primeiros, sejam eles nulos ou anuláveis, produz efeitos retroativamente (*ex tunc*), enquanto a dos segundos produzirá apenas efeitos prospectivos, não importando aqui também se são nulos ou anuláveis (*Curso de direito administrativo*, 28ª ed. rev. e atual., Malheiros, São Paulo, 2011, pág. 488)

tempo, negar vigência à constituição, texto maior da ordem jurídica, em favor de lei de menor hierarquia. A teoria constitucional não pode conviver com tal contradição sem ferir mortalmente o postulado sobre o qual se assenta²⁸.

Alinhado a este raciocínio está o caráter declaratório das sentenças que reconhecem a inconstitucionalidade²⁹. Se a lei incompatível com a constituição é inválida desde seu nascimento, uma decisão judicial poderá apenas atestar essa circunstância e não a criar, já que sempre existiu.

Pode-se concluir, diante de tais premissas, que a norma inconstitucional, sendo nula, jamais possui aptidão para produzir quaisquer efeitos. Tal raciocínio, sem dúvida, se imporá no círculo de uma concepção rígida da teoria da nulidade da lei inconstitucional.

Ademais, não há dúvidas (e é salutar dizê-lo aqui, embora pareça óbvio) de que uma eventual revogação gerada por uma norma inconstitucional se encaixa no *hall* dos efeitos que ela produziu (é possível, aliás, que esse seja o único efeito de uma norma). Isso parece bastante claro nos casos de revogação expressa, mas é verdade também no âmbito das espécies de revogação tácita.

Sabe-se que, nos casos de revogação tácita por nova regulamentação integral da matéria, se produz uma lei que dispõe sobre matéria ou instituto que norma anterior já re-grava³⁰. Esse acontecimento faz pressupor que o legislador quis fulminar o regime jurídico anterior pondo, em seu lugar, um outro. A intenção revogatória, embora não esteja explicitamente posta no texto legal, consta nele como disposição implícita. Evidentemente, ela produz efeitos jurídicos tão logo a lei entre em vigor³¹.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed. rev. e atual., Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 16.

²⁹ *Idem*, pág. 16.

³⁰ José de Oliveira Ascensão diz que “se uma lei nova regula todo um instituto jurídico (por exemplo, empreitada) ou todo um ramo de direito (por exemplo, processo penal), os preceitos da lei anterior ficam revogados, sem ser necessário demonstrar a incompatibilidade específica de cada com o preceito na nova lei” (*O Direito: introdução e teoria geral*, 13ª ed. refundida, 7ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 314)

³¹ Rui Medeiros bem ensina o seguinte: “O argumento principal apresentado tem como pressuposto a ideia de que o efeito revogatório se produz no momento da entrada em vigor da lei que, posteriormente, se torna inconstitucional. E, na verdade, na revogação expressa, a norma revogatória parece conter uma previsão que fica preenchida no momento da entrada em vigor da lei revogatória. Da mesma forma, nos casos de revogação tácita por nova regulamentação integral da matéria, é possível entender que a nova regulamentação pretende fazer *tábulas raras* das velhas disposições, contendo assim implicitamente uma norma revogatória da antiga regulamentação – norma portanto não explicitada em nenhuma disposição, mas deduzível do conjunto

Na revogação tácita por incompatibilidade, o legislador emite uma regra incompatível com outra já existente, de modo que não se pode dar cumprimento a ambas. Uma delas, portanto, tem de prevalecer. Em tal circunstância, prevalecerá a lei mais nova, o último pronunciamento legislativo. Ora, se o legislador emitiu um novo ato, o fez porque deseja que ele vigore, e isso só pode ocorrer em detrimento da força normativa do ato anterior, em razão da incompatibilidade que há entre os dois. Pressupõe-se, portanto, que o órgão legislante quis revogar a norma anterior, que assim se extingue, cedendo seu lugar à mais nova manifestação de vontade. Nessas normas não há parte revogatória explícita, mas o vigor de suas partes dispositivas já surte efeitos revogatórios, em razão da incompatibilidade entre tais partes e os ditames da lei antiga. Nessas circunstâncias, há, ínsita em cada norma dispositiva, uma cláusula revogatória implícita, que, evidentemente, surtirá seus efeitos. Portanto, o império da nova norma é a causa de que a revogação da anterior é efeito. É o vigor, é a obrigatoriedade da lei mais recente que afasta a anterior³².

Tudo isso gera um problema. A repristinação é o ressurgimento de uma norma em consequência da declaração de inconstitucionalidade da lei que a revogou. O próprio conceito de repristinação, portanto, pressupõe, em primeiro lugar, o renascimento de uma lei, o que, por sua vez, pressupõe a morte anterior dessa mesma lei, já que só algo que se extin-

normativo por exigência do princípio da segurança jurídica. Assim, existindo uma norma revogatória, verificam-se os pressupostos do efeito revogatório arquetipo, de modo que se pode equiparar, quanto à sua eficácia, a revogação por nova regulamentação integral da matéria à revogação expressa” (*A decisão...*, ob cit, págs. 658-659)

³² Nessa espécie de revogação, como bem salienta Rui Medeiros, o objeto revogado “não é o texto legal, como parece acontecer nas demais formas de revogação, mas a norma jurídica”, ou seja, o conteúdo que se extrai da regra através de uma atividade hermenêutica do intérprete. Por isso mesmo, segundo o supracitado jurista, “a revogação por incompatibilidade apresenta, assim, uma natureza eminentemente interpretativa”, já que se exige, para a sua caracterização, o “esclarecimento do significado do antigo e do novo texto legal”. Chega esse autor, inclusive, a afirmar que essa espécie de revogação não operaria em abstrato, tendo o órgão aplicador do direito de verificá-la em cada momento (*A decisão...*, *op. cit.*, pág. 659). Esta problemática, cuja existência não se ignora, não atinge a argumentação acima exposta, pois diz respeito apenas à detecção da incompatibilidade em si, e não às suas consequências jurídicas. Se se parte da premissa de que há incompatibilidade entre uma antiga e uma nova lei, certamente esta revogará aquela. Não se põe em dúvida, portanto, a existência dessa modalidade de revogação. José de Oliveira Ascensão escreveu a esse respeito: “Na maioria dos casos o legislador não procede à revogação expressa. Verificar dentro da mole imensa das leis existentes quais as que são atingidas pela nova lei é trabalho muito grande, e que com frequência revela dificuldades com que se não contava. O legislador então poupa-se; quando muito revoga expressamente os preceitos que pretendia directamente substituir, e quanto aos restantes deixa ao intérprete o ónus da verificação da sua incompatibilidade com os novos textos. Isto significa a imposição à prática dum esforço muito maior, e além disso inquina a certeza que é a vantagem principal da legiferação. Mas o princípio de que havendo uma incompatibilidade prevalece a lei posterior não sofre qualquer contestação, e é ele que justifica a revogação tácita” (*O Direito, op. cit.*, pág. 313).

que pode surgir novamente. A causa de tal extinção, como o próprio conceito expõe, é a força revogatória da lei declarada inconstitucional, o que conduz a uma segunda pressuposição: a norma inconstitucional, ou seja, nula, e, portanto, ineficaz desde sua origem, produziu efeitos ao revogar a lei anterior. Há aqui uma evidente contradição.

Portanto, falar em reprivatização na esfera do controle judicial de constitucionalidade talvez só seja adequado quando se pressupõe que é anulável a lei inconstitucional, pois, nesse caso, se pode validamente dizer que a lei contrária à constituição produziu, um dia, efeitos jurídicos.

A anulabilidade não parece incompatível com a produção retroativa de efeitos das declarações de inconstitucionalidade, que constitui a fundamentação lógica basilar do fenômeno reprivatizatório no âmbito do controle da constitucionalidade. É bastante possível que uma norma inconstitucional produza regulares efeitos e que, no futuro, sejam eles eliminados retroativamente por uma decisão judicial de caráter constitutivo. Aquilo que um dia existiu deixa, portanto, de existir.

Há, na doutrina, vozes que defendem que a lei inconstitucional é meramente anulável, operando eficaz e normalmente até o momento em que o órgão competente detecta a sua inconstitucionalidade, e que, nem por isso, deixaram de admitir que as declarações de inconstitucionalidade pudessem surtir efeitos *ex tunc*.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, por exemplo, afirma que não se pode considerar inválido um ato sem que antes o tenha feito o órgão a que o ordenamento jurídico atribui a competência para tanto. Isso não significa, contudo, que não caiba a qualquer um, em especial àqueles que se ocupam da ciência jurídica, investigar e opinar sobre a validade ou invalidade de um ato normativo qualquer. Significa apenas que, antes do supracitado pronunciamento, tudo é mera questão de opinião. O posicionamento do órgão competente, ao contrário, tem valor jurídico, ou seja, a ele se concede força normativa³³.

A supracitada jurista também caracteriza o ato nulo como ineficaz desde sua origem e afirma que ninguém é obrigado a obedecê-lo. Contudo, ela continua, a norma inconstitucional não se encaixa em tal caracterização, pois nasce amparada por presunção de constitucionalidade e dotada de plena carga obrigatória, como todas as outras, tornando-se

³³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos...*, *op. cit.*, pág. 80.

inaplicável e inexigível apenas após o pronunciamento de órgão judicial legalmente apto a exercer controle de constitucionalidade³⁴.

A doutrinadora argumenta ainda que outro raciocínio instalaria um caos na vida social e nas respectivas relações. Se a inconstitucionalidade é arguível a qualquer tempo e se seus efeitos são retroativos, podendo, portanto, incidir sobre atos pretéritos praticados sob o império de uma lei que os amparava, jamais se terá a certeza sobre a validade de qualquer um deles, já que se poderá, em qualquer momento futuro, desconstituí-los sob a alegação de inconstitucionalidade³⁵.

Diante disso, Regina Ferrari afirma que a norma inconstitucional é meramente anulável, sendo a anulação uma sanção imposta, pelo órgão competente para tanto, à norma que afronta o texto constitucional, que lhe é hierarquicamente superior³⁶.

Isso não impede, segundo essa autora, que a decisão de inconstitucionalidade surta efeitos retroativamente. Ela afirma que o reconhecimento da inconstitucionalidade pode ter força retroativa, já que a norma inválida, como a válida, produziu efeitos até a constatação de sua incompatibilidade com o texto constitucional³⁷.

Rui Medeiros, por sua vez, também chegou a defender (ao menos enquanto valor jurídico negativo padrão³⁸) a anulabilidade da norma inconstitucional. Esse autor argumentava que a lei inconstitucional é de observância obrigatória para os particulares e para todos

³⁴ “Isso posto, sabemos que o ato nulo é aquele considerado como jamais existente, quando a nulidade ocorre de pleno direito e, portanto, ninguém é obrigado a obedecer-lhe, isto, porém, não pode ser aplicado dentro do âmbito de nosso estudo, pois sabemos que uma lei traz, em si mesma, a presunção de validade, até que apurada sua invalidade pelo órgão determinado pelo ordenamento jurídico como competente para tal, permanecendo como válida e, portanto, obrigatória até este momento. É nesse sentido a lição de Kelsen, quando assevera que uma norma jurídica é sempre válida, não podendo ser nula, podendo, porém, ser anulada” (*Idem*, pág. 87).

³⁵ *Idem*, pág. 89.

³⁶ *Idem*, pág. 88.

³⁷ “Depreendemos, pois, que a norma inconstitucional é simplesmente anulável e que esta condição é uma sanção imposta por um órgão competente para tal, pela não concordância da mesma com as disposições normativas superiores, ou seja, com a norma fundamental de tal sistema jurídico. Porém, este reconhecimento pode ter força retroativa, visto que a norma inválida, como a válida, produziu efeitos até a constatação de sua irregularidade” (*Idem*, págs. 88-89)

³⁸ MEDEIROS, Rui, “Valores...”, *op. cit.*, págs. 526-527. Haveria, contudo, casos nos quais a incompatibilidade com a Constituição poderia tornar tais leis, por exemplo, nulas (caso elas afrontem o conteúdo essencial de direitos, liberdades e garantias) ou ineficazes (nos casos, por exemplo, de ausência de promulgação pelo Presidente da República); Esse autor, no entanto, em obra posterior, defende que, na generalidade dos casos, a lei inconstitucional é nula e que apenas excepcionalmente, em consideração a interesses constitucionalmente protegidos, se impõe a anulabilidade (*A decisão...*, *op. cit.*, págs. 37 e seguintes e 765;

os entes do Estado, exceto para o Poder Judiciário. Afinal, em Portugal, vigora um sistema essencialmente judicial de fiscalização da constitucionalidade, e assim é justamente para que se evite a anarquia jurídica e para que se mantenha o respeito à ordem constitucional³⁹.

Ainda segundo Rui Medeiros, a regra inconstitucional não deixa de revogar leis anteriores que a ela se oponham. Isto resultaria do próprio artigo 282, nº 1, da Constituição Portuguesa, que dispõe que a declaração de inconstitucionalidade determina a repristinação das normas que ela haja revogado⁴⁰.

Ele diz que se poderia argumentar que tal revogação não seria jurídica, pois operaria tão somente no mundo fático, à margem do direito. Contudo, ele lembra que a própria Constituição Portuguesa (mais precisamente o nº 4 do seu artigo 282) admite a consolidação definitiva dessa revogação, desde que razões relacionadas à segurança jurídica, à equidade ou a algum interesse público de excepcional relevância exijam o afastamento do efeito repristinatório⁴¹.

O mesmo autor afirma também que se pode sustentar que a revogação está sujeita a ser destruída, a todo o tempo, pela declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mas, segundo ele, é precisamente essa uma das características do regime da anulabilidade. A nulidade, ao contrário, exige, do ponto de vista lógico-jurídico, que a norma nunca tenha deixado de vigorar, nem sequer temporariamente⁴². Finalmente, conclui que, mesmo sendo inválida, “a norma legislativa inconstitucional produz efeitos de direito, embora sujeitos a ser destruídos retroactivamente⁴³”.

Em obra posterior, Rui Medeiros diz que o efeito repristinatório das decisões de provimento em matéria de controle de constitucionalidade é compatível tanto com a teoria da nulidade das leis inconstitucionais quanto com a tese da anulabilidade *ex tunc* dessas normas⁴⁴.

³⁹ *Idem, ibidem*, págs. 526-527

⁴⁰ MEDEIROS, Rui, “Valores...”, *op. cit.*, pág. 500.

⁴¹ *Idem*, pág. 500-501.

⁴² “Poder-se-á contrapor que a revogação está sujeita a ser destruída, a todo o tempo, pela declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mas essa é, precisamente, uma das características do regime de anulabilidade. Pelo contrário, a nulidade postulava que, juridicamente, a norma anterior nunca deixasse de vigorar, nem sequer temporariamente” (*Idem*, pág. 501)

⁴³ *Idem*, pág. 506.

⁴⁴ MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, *op. cit.*, pág. 652.

Para que a compatibilidade com a primeira teoria exista, no entanto, segundo o mesmo autor, é preciso que se reconheça que a norma revogada pela lei inválida não ressurge, pois, em verdade, nunca deixou de existir. Se a norma inconstitucional é nula (e a decisão judicial de inconstitucionalidade somente o declara), ela nunca chegou a surtir efeitos jurídicos e, portanto, nunca chegou a revogar a lei anterior, que, assim, permanece, como sempre, em vigor⁴⁵.

Já a compatibilidade com a teoria da anulabilidade *ex tunc* de que fala o supracitado autor salta à vista: a norma anulada por inconstitucionalidade é válida até a sua anulação, e, portanto, revoga validamente norma anterior, que chega a extinguir-se. Contudo, com a anulação, com efeitos *ex tunc*, dessa norma revogatória, a revogação é também atingida, o que faz com que a norma revogada, de fato, ressurgir juridicamente, ou seja, repristine.

Assim, aparentemente, a tese da anulabilidade com efeitos retroativos da norma inconstitucional resolve melhor a questão. Assim é, claro, sob um ponto de vista puramente teórico e formal. É inegável que a norma, na realidade prática, deixa de existir. O presente trabalho apenas apresenta o problema, sem, contudo, trazer maiores aprofundamentos nem, muito menos, ingressar no tema do valor jurídico negativo da lei inconstitucional.

A solução repristinatória, no entanto, é estranha a um modelo que impõe a anulabilidade *ex nunc* da lei inconstitucional⁴⁶. Em um sistema desse gênero, a decisão de provento no âmbito do controle de constitucionalidade não atinge a eficácia revogatória da norma, já que esta é anterior àquela, mas apenas a sua vigência futura. Por isso, o ressurgimento da lei revogada não é consequência lógica natural, nesses modelos, da inconstitucionalidade de uma norma revogatória. Todavia, é possível que a invalidade de uma lei inconstitucional gere repristinação mesmo em sistemas como esse, contanto que uma norma constitucional expressamente atribua esse efeito às decisões de inconstitucionalidade.

⁴⁵ *Idem*, pág. 652.

⁴⁶ *Idem*, pág. 652.

1.5 A repristinação judicial e as espécies normativas

A repristinação judicial é um fenômeno que pode envolver várias modalidades de regras jurídicas. Em outras palavras, há várias espécies normativas judicialmente repristináveis, ou seja, que podem eventualmente repristinar por força de decisão judicial tomada na esfera do controle judicial de constitucionalidade.

Conforme a indicação que nos dá o seu próprio conceito, anteriormente exposto, a repristinação judicial é evento cuja ocorrência demanda basicamente a satisfação de duas condições.

Primeiramente, é necessário que a norma jurídica seja revogável no plano das aparências, ou, em outras palavras, no plano fático. Há de ocorrer uma sucessão de duas leis no tempo que culmine na revogação da lei antiga pela nova lei. Tal revogação não tem de ser juridicamente válida. Aliás, ela tem de não a ser, já que é efeito do surgimento de uma norma inconstitucional. Basta, assim, que a nova norma, suportada pela presunção de constitucionalidade que lhe favorece, ganhe obrigatoriedade e aplicação em detrimento da lei anterior válida.

Em segundo lugar, é necessário que a norma pretensamente revogatória seja passível de declaração de inconstitucionalidade proveniente de órgão judicial ao qual se incumbiu a prerrogativa de avaliar a compatibilidade de atos normativos com a constituição. Evidentemente, pressupõe-se disso que essa norma tem de estar sujeita a essa fiscalização.

Segundo Fernando Alves Correia, em Portugal, a princípio, são objeto de fiscalização da constitucionalidade os atos legislativo, ou seja, as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais. Contudo, caem igualmente no âmbito desse controle os demais atos normativos do poder público, desde que dotados de eficácia externa, isto é, desde que seus âmbitos de incidência transcendam as relações que se processam no interior de uma pessoa coletiva⁴⁷.

O Tribunal Constitucional vem densificando em sua jurisprudência um conceito de norma a servir de referência na definição daquilo que se submete ou não ao controle de

⁴⁷ CORREIA, Fernando Alves, *Justiça...*, *op. cit.*, pág. 163.

constitucionalidade. Segundo tais julgados, a noção de norma jurídica abarca qualquer ato do poder público que contenha uma “regra de conduta” para os particulares ou para a Administração, um “critério de decisão” para esta última ou para o juiz, ou, em geral, um “padrão de valoração de comportamento”. Segundo Fernando Alves Correia, trata-se de um conceito concomitantemente formal e funcional que não apenas abrange regras de natureza geral e abstrata, mas sim quaisquer normas públicas de eficácia externa, ainda que possuam efeito individual e concreto. É necessário somente que se esteja diante de um preceito de um ato normativo público e não de um ato político, de um ato administrativo propriamente dito ou de uma decisão judicial⁴⁸.

No Brasil, os atos impugnáveis por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade, segundo o art. 102, inciso I, alínea a, são a lei e o ato normativo federal ou estadual (oriundo de alguma das unidades da federação). De início, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento restritivo nessa seara, exigindo que a norma impugnada fosse geral e abstrata. Assim era para excluir da fiscalização atos que, a despeito da roupagem formal de lei, continham regras materialmente administrativas, com objeto determinado e destinatário certo⁴⁹.

O STF atenuou paulatinamente tal rigidez, passando a admitir o controle em situações excepcionais ou contentando-se com reduzidas doses de abstração e generalidade, especialmente quanto a leis orçamentárias. Finalmente, em 2008, a jurisprudência tradicional foi expressamente relativizada ou, talvez, superada. Diante de medidas provisórias que teriam aberto créditos extraordinários sem atender aos requisitos de urgência e imprevisibilidade exigidos pelo texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser possível aferir se houve ou não desrespeito a tais exigências da Constituição, já que o caráter abstrato da fiscalização no âmbito de ação direta diria respeito à existência de uma questão constitucional posta em tese e não ao conteúdo do ato específico sobre o qual recai o controle⁵⁰.

Luís Roberto Barroso aprova essa mudança de rumo jurisprudencial, argumentando que o entendimento anterior, deveras restrito, não se compatibilizava com o que dispõe o próprio texto constitucional, já que o artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição do

⁴⁸ *Idem*, págs. 165-166.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto, *O controle...*, *op. cit.*, pág. 171.

⁵⁰ *Idem*, págs. 172-173.

Brasil dispõe que se submetem ao controle de constitucionalidade por via de ADI as leis e os atos normativos em geral⁵¹.

Submetem-se à fiscalização da constitucionalidade, assim, em primeiro lugar, as espécies normativas elencadas no artigo 59 da Constituição: as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções. Essas duas últimas modalidades de norma veiculam atos privativos do Congresso Nacional (ou de uma de suas casas), tendo força de lei⁵².

No entanto, outras espécies normativas, ausentes no *hall* elencado pelo supracitado dispositivo constitucional, também se submetem ao controle de constitucionalidade, a exemplo da legislação estadual (constituições, leis ordinárias e decretos autônomos estaduais), em razão do que expressamente dispõe o artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição do Brasil⁵³.

Inclui-se aí também os chamados decretos autônomos. Tais normas ostentam a roupagem formal de ato secundário ou infralegal, mas, na verdade, não se submetem a nenhuma lei. Ao contrário, inovam autonomamente na ordem jurídica, não havendo assim, entre eles e a Constituição, intermediação alguma. O controle de constitucionalidade, nesses casos, se volta, muitas vezes, à aferição de violação ou não ao princípio da reserva legal⁵⁴.

Os atos normativos secundários, como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções e atos declaratórios, que estão subordinados à lei e que não podem inovar na ordem jurídica, não se submetem ao controle de constitucionalidade⁵⁵.

⁵¹ “A decisão parece confirmar uma tendência que já vinha se desenhando na Corte e que, de fato, apresenta maior consistência, inclusive por afastar uma distinção aparentemente incompatível com a dicção expressa do art. 102, I, a, o qual estabelece o cabimento de ação direta para o controle dos atos normativos e das leis em geral, quando editados pela União ou pelos Estados-membros” (*Idem*, pág. 173)

⁵² *Idem*, pág. 177.

⁵³ *Idem*, pág. 178.

⁵⁴ “Neste caso, poderão ser objeto de controle abstrato, notadamente para aferir violação ao princípio da reserva legal (*Idem*, pág. 178).

⁵⁵ *Idem*, pág. 181.

1.5.1 Repristinação judicial de normas constitucionais

A norma constitucional originária é fruto de um poder soberano e ilimitado, que não se submete a limites impostos por uma ordem jurídica vigente ou anterior. É, portanto, um poder que não deve obediência a nenhum outro. Sendo “encarnação da soberania do povo, não reconhece outro poder de maior hierarquia, porque lhe cabe definir todos os demais poderes estatais”⁵⁶. É dele que provém a força criadora a que os demais poderes constituídos devem a sua existência. Trata-se, em outras palavras, “de um poder que institui a todos os outros e não é instituído por qualquer outro, de um poder que constitui os demais e é por isso denominado *Poder Constituinte*”⁵⁷.

Sendo, portanto, obra desse poder soberano e ilimitado, a norma constitucional originária não se submete a nenhuma outra norma-parâmetro e, em consequência, não é objeto de controle de constitucionalidade⁵⁸.

No Brasil, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já assentou, em diversos julgados, que não se pode declarar inconstitucional uma norma constitucional originária em face de uma outra norma constitucional originária, já que não haveria disparidade hierárquica entre elas. No entender desse órgão judicial, ambas ocupam o mesmo patamar hierárquico.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815, relatada pelo ministro Moreira Alves, requereu-se a declaração de inconstitucionalidade parcial dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal, que regulamentam a distribuição de vagas entre as unidades da Federação na Câmara dos Deputados. Mais especificamente, esses dispositivos

⁵⁶ SILVA, José Afonso da, *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 2007, pág. 74.

⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de direito constitucional*, 2ª ed. rev., ampl. e atual., JusPodivm, Salvador, 2008, pág. 228.

⁵⁸ Kildare Gonçalves Carvalho diz que o sistema constitucional brasileiro, cuja norma suprema é a Constituição Federal de 1988, “não admite sejam objeto de declaração de inconstitucionalidade normas constitucionais originárias, pela inexistência de hierarquia entre elas” (*Direito constitucional*, 16ª ed. rev., atual. e ampl., Del Rey, Belo Horizonte, 2010, pág. 478). Walber de Moura Agra, por sua vez, afirma que “inexiste controle de constitucionalidade com relação às normas provenientes do Poder Constituinte, não tendo sentido falar de normas constitucionais inconstitucionais”. Contudo, ressalva que “já se encontra plenamente pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que o controle de constitucionalidade pode incidir sobre emendas constitucionais, fruto do Poder Reformador” (*Curso de direito constitucional*, 8ª ed. rev. e atual., Forense, Rio de Janeiro, 2014, pág. 682). Essa é também a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Curso de direito constitucional*, 3ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 1065).

impedem que haja mais de 70 ou menos de 8 deputados eleitos pelo mesmo estado na supracitada casa legislativa, mesmo que o cálculo de proporcionalidade demográfica culmine em um número maior de representantes. Esse limite máximo e mínimo geraria, segundo os autores dessa ação de controle abstrato, uma quebra de proporcionalidade da representação parlamentar, já que pode dar maior peso a unidades federativas cuja população é menor e vice-versa, o que afrontaria princípios constitucionais que, considerados cláusulas pétreas pela própria Constituição, estariam em um nível superior⁵⁹.

Embora a tese de mérito seja plausível, O Supremo Tribunal Federal sequer chegou a analisá-la, já que não conheceu da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Esse tribunal rechaçou a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias e concluiu que não lhe caberia exercer o controle da constitucionalidade de uma delas em face de outra. O STF argumentou que sua função é guardar a Constituição como um todo, e não averiguar se o poder constituinte originário teria ou não violado princípios que ele mesmo consagrou no texto constitucional. As cláusulas pétreas seriam limites impostos sobre o poder constituinte derivado e não sobre o próprio legislador constituinte originário, que as formulou⁶⁰.

O legislador constituinte originário está, no exercício de suas funções, desvinculado de qualquer limite jurídico, como já dito, e sua obra, conseqüentemente, não se submete a qualquer controle de natureza jurídica. Por isso, caso a norma constitucional seja revogada por uma outra norma constitucional originária, não há sentido em falar, na espécie, de repristinação, já que é obviamente incabível aqui o controle de constitucionalidade da lei revogatória.

⁵⁹ O ator da ação alega que “afigura-se indiscutível a inconstitucionalidade das normas impugnadas na medida em que, gerando tratamento desarrazoadamente desigual em relação ao peso efetivo e ao “valor do resultado” do voto de cidadãos absolutamente iguais, ofendem, a um tempo, os princípios constitucionais – superiores, como se viu, porque consagrados em cláusulas pétreas e porque concreções positivas de direito supralegal – (a) da igualdade (CF/88, art. 5º), (b) da igualdade do voto (CF/88, art. 14), (c) do exercício, pelo povo, do poder (CF/88, art. 1º parágrafo único) e (d) da cidadania (CF/88, art. 1º, II), que se manifestam através do sufrágio, e, conseqüentemente, (d) da Democracia mesma instituída pela Constituição (CF/88, art. 1º)”

⁶⁰ “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição”

Vejamos, no entanto, se a repristinação de uma norma constitucional é possível quando a norma revogatória é uma emenda constitucional, fruto da atividade do poder constituinte reformador.

As constituições rígidas, como a portuguesa ou a brasileira, não são, como se sabe, totalmente inflexíveis. Elas mesmas permitem a modificação de seu texto, embora, ao mesmo tempo, imponham também uma série de condições e limites ao exercício desse poder.

É, portanto, plenamente possível a revogação de uma norma constitucional, por força da edição de uma emenda que lhe seja incompatível ou até que a elimine expressamente da constituição.

Adicionalmente, ao poder de reforma do texto constitucional se impõe, como já visto, uma série de limites e condições. Primeiramente, o rito formal de mudança é sempre mais rigoroso e complexo. Existem ainda as chamadas cláusulas pétreas. Em outras palavras, “o poder de reforma está sujeito a limitações de forma e de conteúdo”⁶¹.

Quanto aos limites formais, a Constituição do Brasil de 1988 exige, para a aprovação de uma emenda constitucional, uma maioria legislativa mais alargada que aquela necessária para a aprovação de uma lei ordinária. Para que a proposta de alteração do texto constitucional prospere, três quintos do número total de membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional precisam chancelá-la. Haverá dois turnos de votação tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal (artigo 60, parágrafo 2º).

Ademais, é necessária, à proposição de um projeto de emenda constitucional, a reunião de um terço dos membros da Câmara ou do Senado (artigo 60, inciso I), enquanto qualquer parlamentar pode, individualmente, propor um projeto de lei ordinária (artigo 61). Além dessa possibilidade, podem propor emendas à constituição o Presidente da República ou um conjunto formado por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, desde que a maioria relativa dos membros de cada uma delas se manifeste em tal sentido (artigo 60, incisos II e III, respectivamente). A lei maior não previu a possibilidade de iniciativa popular quanto a propostas de emendas a seu texto.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira/BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 11ª ed. rev. e atual., Saraiva, São Paulo, 2016, pág. 117.

Finalmente, não é permitida, na mesma sessão legislativa, a reapresentação de proposta de emenda nela rejeitada ou considerada prejudicada (artigo 60, parágrafo 5º).

No regime constitucional português, há também uma série de limitações formais que tornam o processo de mudança constitucional mais complexo e rigoroso que aquele através do qual se produz leis ordinárias. Os artigos 284, 285, 286 e 287 e 289 da Constituição Portuguesa impõem limites de natureza procedimental, formal e circunstancial à produção de emendas constitucionais.

Além disso, existem as chamadas limitações materiais ao poder de reforma, ou seja, aquelas que constroem a atividade de reforma no seu conteúdo. Nesta esfera ganham relevo as chamadas “cláusulas pétreas”.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988, mais precisamente o parágrafo 4º de seu artigo 60, impõe que não será objeto de deliberação uma proposta que tenda a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 impõe limitações de mesma natureza. O seu artigo 288 diz que as leis de revisão terão de respeitar uma série de princípios e institutos que logo abaixo discrimina. Este conjunto, aliás, protege explicitamente também, por exemplo, a separação entre as Igrejas e o Estado e a fiscalização da constitucionalidade por ação e por omissão, institutos e princípios que a Constituição do Brasil não inclui, ao menos expressamente, em seu âmbito de proteção frente ao poder constituinte reformador.

Primeiramente, é necessário esclarecer que tais cláusulas não se traduzem na existência de regras constitucionais cuja expressão textual é imutável. A imposição de limites materiais ao poder de reforma não protege o texto de determinados dispositivos, mas sim princípios e estruturas basilares do edifício valorativo da constituição que estão neles modelados⁶².

Por isso, se diz que a mera alteração textual de um dispositivo que contenha uma cláusula pétrea não será, por isso apenas, inconstitucional. Para que haja inconstitucionalidade

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira/BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso...*, *op. cit.*

dade, é necessário que a mudança atinja o princípio, diretriz ou valor essencial consagrado na norma alterada.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já adota essa perspectiva há algumas décadas, como se pode inferir através de alguns julgados paradigmáticos.

No Mandado de Segurança nº 20.257, julgado em 1980, o STF discutiu se uma emenda constitucional que estendia o mandato de prefeitos de dois para quatro anos afetava a cláusula pétrea do princípio republicano, inserta na Constituição de 1969, vigente na época.

O relator do caso, Moreira Alves, entendeu que, de fato, a temporariedade dos mandatos políticos constitui uma dimensão do princípio republicano. No entanto, o magistrado entendeu também que a mera extensão dos mandatos de 2 para quatro anos não se traduzia na supressão da temporariedade deles.

De fato, o núcleo essencial da temporariedade, como característica inerente aos regimes republicanos, exige que o povo possa eleger seus representantes periodicamente e em intervalos razoáveis. Uma alteração, mesmo extensiva, pode não sacrificar esse estado de coisas desejado pelo constituinte originário e, portanto, não afrontar a constituição.

Já no Mandado de Segurança 23.047-MC, o relator, Sepúlveda Pertence, adere também a tese de que a existência de cláusulas pétreas não significa imutabilidade textual de certos dispositivos constitucionais, mas sim a proteção do núcleo fundamental dos princípios que neles estão ínsitos⁶³.

Em todo caso, como afirmam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, identificar se uma alteração de tema ligado a uma cláusula pétrea atinge ou não é exercício que não se pratica em abstrato, mas sim diante do caso concreto, e exige evidentemente algum esforço hermenêutico⁶⁴.

⁶³ O relator afirmou que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira/BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso...*, *op. cit.*

Parece óbvio que se tem de considerar também a hipótese de infração dessas restrições e limites pelo poder constituinte reformador. Abre-se aqui a questão sobre o fenômeno da inconstitucionalidade de emendas constitucionais e a controvérsia a respeito da possibilidade de fiscalização da constitucionalidade dessas espécies normativas.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal entende, já há bastante tempo, que o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais é plenamente possível e pode, inclusive, atuar tanto preventiva quanto repressivamente. A doutrina adota majoritariamente a mesma tese⁶⁵.

O controle repressivo das reformas constitucionais é exercido diante de casos concretos por qualquer juiz ou tribunal, ou em abstrato, através da proposição e julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, exatamente como ocorre, aliás, com as leis ordinárias e complementares.

A inovação reside na possibilidade de controle, pelo STF, de projetos de emendas constitucionais. A suprema corte brasileira decidiu ser isso possível no Mandado de Segurança nº 20.257, alegando que o mero processamento de uma emenda constitucional que viola um limite material de reforma constitucional já constitui, por si só, uma afronta à constituição⁶⁶.

⁶⁵ “De outra sorte, a possibilidade de controle de constitucionalidade de *normas constitucionais secundárias*, ou seja, emendas constitucionais, tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritárias pacificaram a matéria no sentido de ser passível de controle aquelas emendas que possuam vício formal ou material de constitucionalidade, mas sobretudo que tenham alguma disposição contrária ao núcleo essencial da Constituição, isto é, às cláusulas pétreas arroladas no § 4º do art. 60 do texto constitucional. Desse modo, ainda que não exista hierarquia entre normas constitucionais originárias, tal hierarquização acaba sendo produzida entre estas e as normas constitucionais secundárias; enquanto o legislador constituinte atua autonomamente, uma vez que está trabalhando no documento político-jurídico inicial daquela determinada ordem constitucional, o legislador reformador, ao produzir emendas constitucionais, encontra-se limitado formal e materialmente pelo caráter semirrígido (não é totalmente rígido porque apenas parte do texto constitucional não pode ser modificado, conforme o recém-exposto) que a Constituição possui” (CICCONETTI, Stefano Maria/TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, *Jurisdição constitucional comparada*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2010, págs. 33-34).

⁶⁶ Diz o ministro Moreira Alves: “Diversas, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição”.

No momento em que se impetrou essa ação constitucional, vigorava no Brasil a Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, cujo texto dispunha que não seria sequer objeto de deliberação uma proposta tendente a abolir a Federação ou a República. A Constituição de 1988, como já visto, adotou uma redação bastante semelhante àquela contida em sua antecessora. Como já visto, o parágrafo 4º do seu artigo 60 também é expresso ao proibir a mera deliberação de emendas que afrontem os limites materiais aos quais se submete o poder de revisão constitucional.

Em Portugal, há, na doutrina, divergências a respeito da possibilidade de fiscalização da constitucionalidade de leis de revisão constitucional.

Fernando Alves Correia não nega a existência do fenômeno da inconstitucionalidade de leis de revisão. Ele afirma que tais normas provêm de um poder constituído cujo fundamento irradia da própria constituição, que, além de atribuí-lo, o regula, impondo-lhe limites e condições. Portanto, o poder de reforma não se encontra no mesmo nível do poder constituinte originário. Em decorrência disso, o seu exercício em desrespeito às regras que se deve observar culminam em inconstitucionalidade⁶⁷.

Contudo, esclarece que é diferente o problema da fiscalização dessa possível inconstitucionalidade. De início, ele aponta a impossibilidade de controle preventivo quanto a essa espécie normativa, em razão do disposto no nº 3 do artigo 286 da Constituição Portuguesa, que proíbe o Presidente da República de negar promulgação a leis de revisão constitucional. Entretanto, não vê razões que impossibilitem o exercício de controle sucessivo abstrato de constitucionalidade, exercido pelo Tribunal Constitucional a partir de requerimento das entidades referidas no artigo 281, nº 1, “ainda que sejam questionáveis os efeitos de uma tal declaração de inconstitucionalidade”. Quanto ao controle sucessivo concreto, afirma ser dificilmente concebível, já que não se imagina como tribunais poderiam invocar uma lei de revisão constitucional na resolução de casos sob sua jurisdição⁶⁸.

⁶⁷ “É inquestionável que as leis de revisão constitucional se alicerçam num poder constituído, num poder fundado na Constituição ou num poder constitucionalmente atribuído e regulado. Não se encontram no mesmo nível do poder constituinte originário, não são uma repetição ou uma renovação deste. Os limites das leis de revisão constitucional estão definidos na Constituição, pelo que, no caso da violação dos mesmos, são as mesmas inconstitucionais” (CORREIA, Fernando Alves, *Justiça...*, *op. cit.*, pág. 164.

⁶⁸ *Idem*, págs. 164-165.

Jorge Miranda, por sua vez, também reconhece a existência do fenômeno da inconstitucionalidade de leis de revisão constitucional⁶⁹, mas rejeita a possibilidade de fiscalização preventiva dessa inconstitucionalidade. Contudo, admite inequivocamente tanto o controle de constitucionalidade sucessivo abstrato quanto o concreto. Ensina que, se for o caso, os tribunais devem, no uso da competência genérica que o artigo 204 da CRP lhes atribui, apreciar a inconstitucionalidade de leis de revisão e negar aplicação àquelas que infringem princípios materiais protegidos pelo artigo 288. Ademais, segundo o supracitado jurista, cabe ao Tribunal Constitucional declarar, com força obrigatória geral e com os efeitos previstos no artigo 282, a inconstitucionalidade de reformas constitucionais.

Embora haja opiniões contrárias, parece mesmo ser plenamente cabível o controle de constitucionalidade e, eventualmente, a declaração de nulidade de emendas constitucionais (ou leis de revisão, na nomenclatura adotada pela Constituição Portuguesa de 1976). O poder constituinte reformador, como os demais poderes constituídos, também deve obediência à constituição. É necessário que os atos de reforma sejam objeto de fiscalização e, eventualmente, de sanção jurídica, caso sejam fruto de algum desrespeito às restrições e limites constitucionais, cuja eficácia, sem isso, estaria esvaziada. Gilmar Mendes e Paulo Branco muito bem ensinam que “as limitações ao poder de reforma teriam reduzido efeito prático se não se admitisse o controle jurisdicional da observância das restrições que o constituinte originário impôs ao poder constituído”⁷⁰.

Em adição a isso, há entre a norma constitucional e a lei de revisão que a modifica uma relação semelhante àquela que existe entre normas ordinárias em sucessão no tempo. Em ambos os casos, vigora o princípio *tempus regit actum*, e a norma posterior revoga a anterior, expressa ou tacitamente, havendo entre elas, assim, uma relação horizontal.

Jorge Miranda afirma que, embora haja nesse campo alguma complexidade adicional, em razão da específica posição que a constituição ocupa no sistema e da variedade de vicissitudes que a afetam, os princípios gerais sobre aplicação das normas no tempo cabem

⁶⁹ “Na qualidade de normas de um poder constituído, as leis de revisão encontram-se sujeitas aos limites que lhe foram fixados na Constituição, mormente por um poder constituinte que assume carácter subordinante em face do primeiro. Limites que se afiguram como vínculos jurídicos de ordem *temporal* (art. 284.º da CRP), *formal* (art. 286.º), *material* (art. 288.º) e *circunstancial* (art. 289.º), os quais, se violados, implicam a inconstitucionalidade da lei de revisão” (MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo II, págs. 485-486).

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira/BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso...*, *op. cit.*

plenamente neste domínio. Em complemento, afirma o supracitado jurista que a ação de normas constitucionais novas, provenientes de modificação constitucional, sobre normas constitucionais anteriores tem natureza revogatória⁷¹.

Extrai-se, de tudo o que se expôs, que tanto uma declaração de inconstitucionalidade pode atingir leis de revisão constitucional como essas mesmas leis são capazes de, eventualmente, revogar normas constitucionais anteriores expressa ou tacitamente, a depender do caso. Portanto, se pode concluir, com base nos critérios anteriormente expostos, que é possível a repriminção judicial de uma norma da constituição. Ao menos em um plano lógico-jurídico abstrato, uma lei de revisão pode revogar um dispositivo constitucional anterior e, no futuro, pode um órgão judicial declará-la nula em razão de sua inconstitucionalidade. Em tal ocasião, são cabíveis todos os argumentos que se impõe em relação à repriminção judicial de leis ordinárias. Não há, nessa seara, nenhuma particularidade que obrigue a adoção de raciocínio diverso em relação às normas constitucionais. A emenda constitucional, sendo nula, não tem aptidão para revogar a norma constitucional anterior, que, em razão disso, se mantém em vigor.

Essa ocorrência, aliás, não necessariamente envolve normas que se relacionam horizontalmente. Uma lei de revisão pode não apenas revogar uma regra constitucional anterior, mas também eliminar da ordem jurídica uma norma ordinária que com ela seja incompatível (para alguns, esse fenômeno tem natureza revogatória, enquanto, para outros, caracteriza-se como inconstitucionalidade superveniente). Em tal circunstância, caso se declare nula a emenda revogatória, voltará à sua plena eficácia a norma constitucional anterior e, se deve reconhecer, também aquelas normas ordinárias compatíveis com ela e que, de repente, se tornaram incompatíveis com a ordem constitucional em razão da superveniência de uma mudança inválida da constituição.

1.5.2 Repriminção judicial de normas infralegais

Normas infralegais, como os decretos regulamentares ou as resoluções, podem revogar outras de mesma natureza e que lhe sejam anteriores, mas, no Brasil, como já visto,

⁷¹ MIRANDA, Jorge, *Manual...*, Tomo II

elas não se sujeitam ao controle de constitucionalidade. A razão é simples: como tais atos se subordinam antes à lei, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição. Havendo desconformidade, uma de duas hipóteses é possível: ou o ato afronta a lei que lhe cabia regulamentar (e, nesse caso, se estaria diante de uma ilegalidade, e não de uma inconstitucionalidade) ou a própria lei regulamentada ofende a Constituição (quando, em tal circunstância, ela é que deverá ser objeto de impugnação).

O mesmo ocorre em Portugal. Carlos Blanco de Moraes afirma que os atos administrativos são “actos jurídico-públicos que não travam, *por regra*, uma relação directa com a Constituição, já que entre os mesmos e esta última existe uma necessária imediação normativa infraconstitucional”. Portanto, não se revestem, segundo esse autor, de carácter normativo. Configuram-se, antes disso, como comandos emitidos no respeito a normas, “tendo em vista a produção dos seus efeitos em situações singulares”, algo que os afasta do alcance do controle de constitucionalidade⁷².

Pode-se, a título de exemplo, considerar o seguinte cenário: uma norma infralegal revoga outra e, logo depois, é julgada ilegal em razão de sua incompatibilidade com os ditames de certa lei ordinária.

Sendo caso de nulidade do ato, a lógica jurídica aponta para a repristinação da norma infralegal anterior. No entanto, não se trata aqui de repristinação ocorrida no âmbito do exercício de atividade judicial de controle de constitucionalidade, mas sim de legalidade, escapando, portanto, dos limites do presente trabalho, que pretende debruçar-se apenas sobre o efeito repristinatório de decisões judiciais de inconstitucionalidade.

Em outra hipótese, é possível que uma lei ordinária extinga normas infralegais com ela incompatíveis, mas o faria apenas indiretamente, ao alterar ou extinguir leis com as quais as normas infralegais eram compatíveis. A declaração de inconstitucionalidade dessa lei, antes de tudo, conduziria à repristinação desse panorama jurídico ordinário anterior, o que, por sua vez, traria de volta as normas infralegais com ele compatíveis. Não se trata, portanto, de um fenômeno a parte, mas tão somente da repristinação de uma lei ordinária que gerou consequências sobre o direito infralegal.

⁷² MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça constitucional*, 2ª ed., vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pág. 515.

1.5.3 Repristinação judicial de leis ordinárias

Apesar das possibilidades abertas, este trabalho se debruçará mais concentradamente sobre a repristinação de leis ordinárias, já que são essas normas julgadas diretamente em face da constituição, a que imediatamente se subordinam, e evidentemente capazes de revogar normas de igual natureza. É, portanto, o caso que melhor se adequa ao conceito de repristinação judicial acima exposto e, sem dúvidas, o mais frequente.

1.6 Objeções à repristinação judicial

Há quem lance sobre o efeito repristinatório das decisões de inconstitucionalidade uma série de objeções. Para alguns dos seus críticos, ele não se harmoniza com os princípios da segurança jurídica e da igualdade⁷³.

No entanto, a ausência de repristinação parece criar o cenário mais nocivo à segurança jurídica, por permitir o surgimento de um vácuo legislativo que obrigará o intérprete a lançar mão dos meios gerais de integração das lacunas. Em tal circunstância, em que não existe uma regra clara, é comum que se dê a casos concretos semelhantes soluções díspares, o que afeta não só o princípio da segurança jurídica, mas também o da igualdade⁷⁴.

Aqueles que criticam o efeito repristinatório da inconstitucionalidade lembram ainda da deletéria possibilidade de repristinação de uma lei anacrônica, que já não se compatibiliza com o cenário jurídico, social ou econômico em que ressurge⁷⁵.

No entanto, é forçoso concluir, quando se adota a tese da ausência de repristinação nos casos de inconstitucionalidade superveniente, que tal possibilidade é remota em

⁷³ MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, *op. cit.*, pág. 653;

⁷⁴ Rui Medeiros afirma: “a ausência de efeito repristinatório provoca o vazio legislativo, obrigando o intérprete a recorrer aos meios gerais de integração das lacunas. Frequentemente, na falta de uma regra clara, as soluções que vêm a ser adoptadas pelos diferentes órgãos aplicadores do direito em sede de integração de lacunas são muito diversas, pelo que a negação do efeito repristinatório dá muitas vezes origem a diferenças de tratamento de casos análogos e cria um estado de incerteza gravemente lesivo para os particulares” (*Idem*, pág. 653).

⁷⁵ *Idem*, pág. 653;

países com constituições recentes. Como visto, nos casos de inconstitucionalidade originária, a norma inconstitucional nasce quando a constituição que ela afronta já vigora. Como esse momento coincide com a revogação da norma anterior, conclui-se que esta já vigorava sob a recente constituição e que, por isso, dificilmente será anacrônica. Além disso, ao cabo de uma mudança econômica, social ou normativa de tão grande monta, se poderia provavelmente extrair de outras normas jurídicas que não a inconstitucional um efeito revogatório sobre a norma arcaica, o que impediria o seu ressurgimento. Ainda assim, caso a improvável repristinação de uma norma inadequada aos novos tempos ocorra, pode o legislador atuar corretivamente⁷⁶.

Uma terceira objeção se relaciona com a possível inconstitucionalidade parcial de normas jurídicas, em que apenas parte da lei é inconstitucional e, portanto, inválida, enquanto os demais dispositivos se preservam. Nessa circunstância, a repristinação também seria parcial, e normas repristinadas se misturariam a regras remanescentes com as quais, muitas vezes, são incompatíveis. Surgiria, então, uma lei desprovida de coerência interna que conduziria, não raro, a soluções contraditórias⁷⁷.

Contudo, a inconstitucionalidade parcial, como se verá, nem sempre conduzirá à repristinação. Mesmo que esta ocorra, é muito provável que os dispositivos válidos da norma parcialmente inconstitucional acabem, por si mesmos, revogando as disposições repristinadas. Mesmo que isso não ocorra, o legislador poderá intervir corretivamente⁷⁸.

Invoca-se ainda, na crítica ao efeito repristinatório, o fato de ser possível que a inconstitucionalidade de uma lei acarrete a repristinação de uma norma tão ou mais inconstitucional que ela própria⁷⁹.

⁷⁶ “Só que, e desde logo, caso se conclua que não há repristinação no caso de a norma revogatória ser supervenientemente inconstitucional, não é fácil em países com constituições jovens que a lei repristinada esteja totalmente desajustada da nova realidade, pois ela estava pelo menos em vigor no momento da entrada em vigor da nova Constituição. Sobretudo, verificando-se uma alteração das condições econômicas e sociais ou dos princípios do sistema, não será difícil concluir em muitos casos que as velhas normas foram tacitamente revogadas por outras normas, que não aquela declarada inconstitucional. De facto, se a modificação foi tão importante que tornou anacrônica a antiga disciplina, ela ter-se-á concretizado em alterações do tecido normativo no seu conjunto e não apenas na emanção da lei inválida. Enfim, mesmo que tal não suceda, o legislador pode porventura intervir” (*Idem*, pág. 654).

⁷⁷ *Idem*, pág. 654;

⁷⁸ *Idem*, pág. 654;

⁷⁹ *Idem*, pág. 655;

Esta possibilidade, sem dúvidas, existe (o que suscita, aliás, problemas que adiante serão discutidos), mas não apenas no campo da repristinação advinda de decisão de inconstitucionalidade. A ausência de efeito repristinatório afasta a aplicação da norma anterior revogada, mas não a de outras normas, que poderão igualmente ser inconstitucionais (a norma aplicável a caso análogo, por exemplo)⁸⁰.

Finalmente, há quem entenda que o Tribunal Constitucional, ao determinar a aplicação de norma anterior revogada, estaria atuando não apenas negativamente, mas positivamente no ordenamento jurídico, tarefa que lhe é estranha e reservada apenas ao legislador democraticamente legitimado⁸¹.

Contudo, o Tribunal Constitucional, como se verá, não determina a aplicação da norma revogada. Ela é simples consequência lógica da invalidade *ab initio* da lei inconstitucional revogatória. Ademais, a norma repristinada não é fruto de trabalho legislativo daquela corte, e sim do legislador que um dia a produziu, embora já não esteja em vigor⁸².

1.7 Restrições à repristinação judicial

As decisões de provimento no âmbito do controle de constitucionalidade nem sempre surtirão efeitos repristinatórios. Apesar de não haver, no n° 1 do art. 282 da Constituição da República Portuguesa, indicação expressa de que há exceções (e de quais seriam elas), existem barreiras ao efeito repristinatório de decisões de inconstitucionalidade.

É certo que o legislador constitucional português nunca quis que tais decisões sempre surtiram efeitos repristinatórios. Na verdade, o legislador constituinte, como afirma Rui Medeiros, apenas quis, através do n° 1 do artigo 282, tornar explícito algo que decorre lógica e naturalmente da própria natureza da inconstitucionalidade e dos seus efeitos retroativos. Os trabalhos preparatórios da Constituição indicam fortemente isso, embora não sejam, por si só, decisivos⁸³.

⁸⁰ *Idem*, pág. 655;

⁸¹ *Idem*, pág. 655;

⁸² *Idem*, pág. 655;

⁸³ *Idem*, pág. 660.

O deputado Jorge Miranda, por exemplo, afirma que o primeiro motivo que leva à fixação do princípio da repristinação é jurídico: o efeito repristinatório está na lógica da inconstitucionalidade e de sua declaração com força obrigatória geral⁸⁴.

O deputado Nunes de Almeida, por sua vez, afirmou que a ausência de efeito repristinatório nos casos de declaração de inconstitucionalidade de normas revogatórias não faz sentido, pois, caso assim fosse, o próprio conteúdo dessas declarações perderia eficácia. Em outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade de normas revogatórias não surtiria efeito algum caso não lhe sobreviesse a repristinação da norma anterior revogada. Nos casos de regras que impõem um novo regime jurídico e, ao mesmo tempo, revogam outras, ao menos metade dessa eficácia se esvairia⁸⁵.

Na ocasião, alguns deputados encararam com reservas o acréscimo, no texto constitucional, de uma referência explícita à repristinação enquanto efeito da declaração de inconstitucionalidade de uma norma *in abstracto* pelo Tribunal Constitucional.⁸⁶ O deputado Costa Andrade, por exemplo, argumentou que tal inserção trazia rigidez ao modelo, em razão do caráter geral e abstrato da norma, algo potencialmente inconveniente, já que a ressurreição da regra anterior nem sempre seria a mais adequada para todos os casos concretos. A solução, portanto, segundo ele, carecia de flexibilidade. Ele propôs então alternativa semelhante àquela adotada na Itália, cuja Constituição é omissa quanto a matéria, ou seja, nada diz a respeito dos efeitos repristinatórios das decisões de inconstitucionalidade, deixando assim a questão em aberto. Ademais, afirmou que aquela redação poderia, em certa medida, transformar o Tribunal Constitucional em legislador⁸⁷.

O deputado Jorge Miranda contrapôs essa tese, afirmando que a solução dada já era, sim, bastante flexível. Inicialmente, argumentou que só se prevê a repristinação nos casos de inconstitucionalidade originária (pode-se extraí-lo, aliás, da letra do nº 2 do art.

⁸⁴ “Há um primeiro motivo que é jurídico: o que está na lógica da inconstitucionalidade e da sua declaração com força obrigatória geral, é o corolário da repristinação. Parece-me que essa é que é a linha lógica da natureza da inconstitucionalidade e da norma constitucional como fundamento de validade de actos do Estado” (Diário da Assembleia da República, Série II, Suplemento ao nº 69, pág. 1288 (34).

⁸⁵ *Idem*, pág. 1288 (35).

⁸⁶ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade...*, *op. cit.*, pág. 660.

⁸⁷ Diário da Assembleia da República, Série II, Suplemento ao nº 69, pág. 1288 (33).

282 da CRP). Finalmente, alega que o texto cria uma válvula de escape ao permitir que o Tribunal Constitucional afaste, se julgar necessário, a repristinação⁸⁸.

De fato, o nº 4 do artigo 282 da Constituição Portuguesa dá esse poder ao Tribunal Constitucional. Esse dispositivo dispõe que, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevância o exigirem, o TC poderá fixar os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito que o previsto nos nºs 1 e 2 do mesmo artigo.

Como a repristinação é um dos efeitos possíveis da declaração de inconstitucionalidade, evidentemente esse dispositivo também a abarca. Gomes Canotilho diz mesmo que são dois os efeitos que o Tribunal Constitucional pode restringir por força dessa regra: os efeitos retroativos (eficácia *ex tunc*) e os efeitos repristinatórios. O TC poderá então emitir declarações de inconstitucionalidade sem efeitos retroativos, ou seja, decisões que surtirão efeitos apenas a partir de um momento posterior ao nascimento da norma inconstitucional (como, por exemplo, a data de emissão ou de publicação da própria sentença) ou sem efeitos repristinatórios, quando então não ressurgirão as normas anteriores⁸⁹.

Pode, portanto, o Tribunal Constitucional afastar a repristinação em todos os casos nos quais, por decorrência lógica, ela naturalmente ocorreria, desde que, para tanto, em atenção ao próprio comando do art. 282, nº 4, invoque a defesa da segurança jurídica ou alguma razão de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, fundamentando devidamente essa decisão. É sem dúvida, uma válvula de escape conveniente que permite ao supracitado órgão judicial flexibilizar o modelo e impedir que se crie situações jurídicas indesejáveis no contexto de certos casos concretos.

Vitalino Canas lembra que o exercício dessa prerrogativa pelo Tribunal Constitucional envolve a consideração da realidade concreta que rodeia o caso sob exame. Segundo ele, um dos fatores a considerar é a adequação ou idoneidade da norma repristinável, de modo que uma lei inadequada ou de conteúdo mais desfavorável aos seus destinatários não deveria recuperar sua vigência e eficácia. Outra circunstância digna de atenção é o surgi-

⁸⁸ *Idem*, pág. 1288 (33)

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa comentada*, 4ª ed. rev., Coimbra Editora, Coimbra, pág. 978.

mento de um vácuo legislativo (ou seja, a ausência de norma que regule os interesses envolvidos) enquanto consequência da declaração de inconstitucionalidade⁹⁰.

Rui Medeiros, contudo, afirma que o juízo a respeito da compatibilidade entre a norma e a realidade é essencialmente político e, por isso, cabe apenas ao legislador democraticamente legitimado e não ao Tribunal Constitucional. Segundo ele, esse órgão judicial apenas pode afastar a repristinação da regra anterior, nos termos do n° 4 do artigo 282 da Constituição Portuguesa, quando razões constitucionais o impuserem, sendo-lhe vedado decidi-lo com base em juízos a respeito da conveniência e oportunidade da reposição do regime jurídico anterior⁹¹.

Discute-se muito, aliás, sobre se pode o Tribunal Constitucional afastar, *ex officio*, a repristinação de uma norma, por ser ela também inconstitucional, com fundamento no n° 4 do artigo 282 da Constituição. Há, inclusive, autores que defendem que o Tribunal Constitucional pode declarar, oficiosamente e autonomamente, a inconstitucionalidade da norma a repristinar, em desrespeito, em tese, ao princípio do pedido⁹².

Jorge Miranda, ao abordar a questão, afirma que, à luz de uma rígida concepção do princípio do pedido, o Tribunal Constitucional deve apenas avaliar a constitucionalidade da norma impugnada, e não a das normas anteriores eventualmente revogadas por ela (aliás, não caberia a esse órgão sequer averiguar a existência de leis anteriores). Contudo, para esse autor, o Tribunal Constitucional deve considerar o efeito de suas decisões na realidade concreta. O próprio n° 4 do artigo 282 lhe permite isso, ao lhe conceder a prerrogativa de restringir os efeitos da repristinação caso esta, em dada circunstância, atinja a segurança jurídica, a equidade ou algum interesse público de excepcional relevo. Ora, para aplicar tal dispositivo, o Tribunal Constitucional deverá, previamente, avaliar as normas a repristinar e o contexto concreto em que elas se inserirão. Se ele pode fazê-lo em benefício dos interesses acima elencados, nada impede que também o faça em atenção ao princípio da constitucionalidade. Afinal, sua função é garantir a supremacia da Constituição, e, sendo assim, sua atividade não pode culminar na aplicação de uma norma inconstitucional. De uma maneira ou de outra, romper-se-á com o princípio do pedido (em sua concepção rígi-

⁹⁰ CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional: conteúdo, objeto, efeitos*, 2ª ed. rev., Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1994, pág. 159.

⁹¹ MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, *op. cit.*, pág. 661

⁹² *Idem*, págs. 667-668.

da), já que aquela corte acabará se debruçando sobre a constitucionalidade de uma norma não impugnada. Deve-se, então, em benefício da segurança jurídica, adotar uma visão mais flexível do princípio do pedido, no âmbito da qual se insira não só a norma explicitamente especificada, mas as normas anteriores a ela⁹³.

Já outros autores admitem que o Tribunal Constitucional afaste a aplicação da norma anterior inconstitucional, mas não a declarando como tal, autonomamente, e sim utilizando a prerrogativa que lhe concede o n° 4 do artigo 282, a pretexto da decisão de inconstitucionalidade da norma que a revogou. Permitir que o Tribunal Constitucional se desvincule da obrigação de cingir-se ao pedido significaria também autorizá-lo a declarar inconstitucional não só a norma revogada pela lei impugnada, mas quaisquer daquelas anteriores a ela, possibilidade que se traduziria em um regresso *ad infinitum* na escala temporal das normas⁹⁴.

Finalmente, há aqueles que não aceitam o afastamento da norma a repriminar com fundamento em sua inconstitucionalidade, nem através de uma declaração autônoma do Tribunal Constitucional nesse sentido, nem por meio da faculdade expressa no n° 4 do artigo 282. Para esses, em qualquer caso, é necessário que a parte requeira também a fiscalização da constitucionalidade e o consequente afastamento da norma a repriminar para que o Tribunal Constitucional evite seu ressurgimento. Rui Medeiros filia-se a essa corrente, ao defender a adoção de uma concepção rígida do princípio do pedido não só no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade, mas também no domínio da fiscalização abstrata⁹⁵.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre essa questão no âmbito da ADI 3148-1. Desconsiderando os pormenores da questão de fundo e a discussão que se travou sobre o real significado e abrangência dos termos insertos em um dado dispositivo constitucional, é certo que se debatia ali a existência ou inexistência de uma inconstitucionalidade formal orgânica, já que o estado do Tocantins teria editado o ato sem possuir competência para fazê-lo. Em caso de provimento daquela ação de controle abstrato, atingir-se-ia toda a norma jurídica e não apenas parte dela. Diante disso, sequer se poderia dis-

⁹³ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, cit., pág. 341;

⁹⁴ MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, op. cit., págs. 668-669.

⁹⁵ *Idem*, págs. 669-670.

cutir a sobrevivência de seu efeito revogatório, como ocorre nos casos de inconstitucionalidade parcial. Além disso, havia ali uma sucessão de leis anteriores que regulavam a mesma matéria e que, portanto, eram igualmente inconstitucionais.

Em tais circunstâncias, a declaração de inconstitucionalidade acarretaria o chamado “efeito repristinatório indesejado”, ou seja, a restauração de uma norma que é tão ou mais inconstitucional que a lei que a revogou. Diante de tal possibilidade, o Procurador-Geral da República, autor da ação, requereu não só a declaração de inconstitucionalidade da lei em vigor, mas de todas as normas anteriores da cadeia normativa que, através de sucessivas revogações, nela culminou, embora já revogadas. Nas palavras do relator da ação, Celso de Mello, houve impugnação “de todo o complexo normativo”.

O autor da ADI o fez em atenção à própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que entende não ser possível declarar a inconstitucionalidade de uma lei que o autor da ação não impugnou, mesmo que se trate, no caso, de norma que forçosamente repristinará em razão da decisão de inconstitucionalidade da lei efetivamente impugnada. Segundo o STF, tal declaração extrapolaria o alcance do pedido do autor, criando, entre este e a decisão, uma disparidade inadequada.

De fato, na ocasião, os membros do STF, seguindo o entendimento do relator, julgaram necessária a impugnação “de todo o complexo normativo”, declarando a inconstitucionalidade de todas as leis que o compunham⁹⁶.

Na ordem jurídica brasileira, há uma norma que dá poderes semelhantes ao Supremo Tribunal Federal, embora não esteja inscrita na Constituição: o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que, adotando fórmula bastante semelhante à portuguesa, permite ao STF, por maioria de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de

⁹⁶ “Cabe reconhecer, inicialmente, a inteira correção formal da impugnação, que, deduzida pelo eminente Procurador-Geral da República, dirige-se a todo o complexo normativo pertinente às várias leis estaduais (algumas das quais já revogadas) com que o Estado do Tocantins disciplinou, em momentos sucessivos, no plano local, os respectivos serviços lotéricos. (...) É que – como acentuado pelo eminente Procurador-Geral da República (fls. 04/06, item n. 11) – a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 1.123/2000 (em plena vigência) resultará na restauração de eficácia dos diplomas legislativos por ela revogados, provocando, na espécie, o denominado “efeito repristinatório indesejado”, pois as leis estaduais em questão – que igualmente disciplinavam a instituição e a execução, no âmbito local, dos serviços lotéricos – acham-se afetadas, também elas, pelo mesmo vício de inconstitucionalidade que atinge a vigente Lei estadual nº 1.123/2000.”.

outro momento que venha a ser fixado. O exercício de tal prerrogativa também deve fundamentar-se em razões relacionadas à segurança jurídica ou a algum excepcional interesse social.

Essa norma, muito semelhante ao nº 4 do artigo 282 da Constituição da República Portuguesa, obviamente também funciona como limite à repristinação, já que ela é tão somente um dos efeitos possíveis das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de ações de controle abstrato.

Mas há barreiras ao efeito repristinatório na esfera do controle judicial de constitucionalidade que não têm relação com a prerrogativa dada ao Tribunal Constitucional pelo nº 4 do artigo 282 da Constituição Portuguesa (ou ao Supremo Tribunal Federal pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99). Algumas dessas restrições são bastante óbvias, já que decorrem do próprio conceito de repristinação e da lógica das invalidades jurídicas.

Primeiramente, não há efeito repristinatório se a norma inconstitucional não revogou (aparentemente) uma outra lei. Ora, como já dito, a repristinação, no âmbito do controle judicial da constitucionalidade, é a restauração de uma norma *revogada* em consequência da invalidade do efeito revogatório da lei que a revogou. Se não houve revogação, tampouco houve revogação *inválida*, e, assim, não há lei a repristinar⁹⁷. A mesma consequência se verifica caso a norma anterior haja caducado, pois, nesse caso, a regra jurídica não se extingue por força de uma outra lei que a revoga. Jamais se poderia falar aqui, portanto, de laços revogatórios cuja invalidade se pode declarar⁹⁸.

Ademais, razoável parcela das leis possui tanto efeito revogatório quanto dispositivo, sendo imperioso ressaltar que a ocorrência de efeito repristinatório pressupõe a invalidade do primeiro. A questão é mais simples nos casos de inconstitucionalidade total: como toda a lei é atingida, evidentemente o seu efeito revogatório não pode subsistir. No entanto, geralmente, ou, ao menos, muitas vezes, a inconstitucionalidade não atinge todo o diploma, mas apenas algumas de suas regras (tem-se aí, então, as chamadas inconstitucionalidades parciais), o que torna a questão um tanto mais complexa e exige que se distinga a parte da lei que possui eficácia revogatória daquela que apenas possui eficácia dispositiva,

⁹⁷ MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, *op. cit.*, pág. 660.

⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição...*, *op. cit.*, pág. 976.

algo que, sem dúvidas, é possível nos casos de revogação expressa ou de revogação tácita por nova regulamentação global da matéria⁹⁹.

Quando, em casos de inconstitucionalidade parcial, o objeto da declaração é a própria norma revogatória, se espera que ocorra a repristinação, já que, em tese, se atinge o seu efeito revogatório. A questão, contudo, é mais complexa. Como, no mesmo diploma normativo, persistem ainda outras normas de eficácia dispositiva, é necessário averiguar também se delas se pode extrair uma intenção revogatória. Se sim, então a revogação persiste e a repristinação não ocorrerá.

Em outros casos, a norma revogatória não é, ela própria, inconstitucional. É necessário então verificar se a inconstitucionalidade das normas dispositivas daquele diploma acarreta também, por arrastamento, a inconstitucionalidade das normas revogatórias¹⁰⁰.

Nos casos de revogação expressa, é possível que a norma revogatória acabe comprometida em razão da declaração de inconstitucionalidade de uma outra regra, mesmo que conserve isoladamente seu pleno sentido normativo, o que conduziria à repristinação. Contudo, como bem alerta Rui Medeiros, “na dúvida, a preferência é pela decisão redutiva, pelo que, subsistindo a norma revogatória, não há lugar à repristinação”¹⁰¹.

A questão ganha outro contorno no caso das revogações tácitas por nova regulamentação global da matéria. Em tais circunstâncias, o efeito revogatório não advém de uma ou de algumas normas específicas, mas sim do caráter de regulamentação global do diploma que as contém. Assim, a declaração de inconstitucionalidade de regras da nova disciplina legal não acarretará, por si só, a repristinação. Ela apenas o fará caso haja entre o seu objeto e as demais regras uma relação de interdependência capaz de anular a fonte revogatória implícita da lei: a natureza de regulação global. Caso isso não ocorra, o efeito revogatório se mantém, não havendo espaço para a repristinação¹⁰².

⁹⁹ MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, *op. cit.*, pág. 662.

¹⁰⁰ *Idem*, pág. 662.

¹⁰¹ *Idem*, pág. 663.

¹⁰² “Da mesma forma, quando ocorre uma revogação tácita global, e uma vez que é possível entender que do conjunto normativo da nova lei se extrai uma norma revogatória da antiga regulamentação, a mera decisão de inconstitucionalidade de uma das normas da nova disciplina legal que regula toda a matéria objeto da lei anterior não envolve, *de per se*, a repristinação. (...) Por isso, não se concluindo pela existência de uma relação de interdependência entre a norma inconstitucional e outras normas da mesma lei susceptível de anular a

O problema ganha ainda mais especificidade ao envolver a revogação tácita por incompatibilidade. Aqui, não é mais possível autonomizar a norma revogatória, ou seja, individualiza-la e separá-la das normas que apenas possuem eficácia dispositiva, como ocorre, por exemplo, nos casos de revogação expressa. Assim é porque o efeito revogatório advém justamente da incompatibilidade entre uma norma dispositiva anterior e uma nova e está, portanto, ínsito nessa última. É a existência de uma norma dispositiva posterior incompatível com a outra mais antiga que gera a revogação, e não uma norma revogatória autônoma. Portanto, se a regra mais recente é inválida e cai, desaparece, junto com ela, a incompatibilidade e, conseqüentemente, o efeito revogatório. Em tais circunstâncias, ocorrerá a repristinação, a não ser que das demais normas se extraia a revogação da norma a repristinar¹⁰³.

Vê-se, portanto, que todas essas restrições ao efeito repristinatório não decorrem da capacidade dada ao Tribunal Constitucional pelo n° 4 do artigo 282, e sim do próprio conceito de repristinação em cotejo com as regras relativas à invalidade parcial de normas jurídicas.

O n° 3 do artigo 282, por sua vez, afirma que o caso julgado permanecerá incólume aos efeitos das decisões de provimento no âmbito do controle de constitucionalidade. Evidentemente, funciona ele também como limite à repristinação, que, como já visto, é apenas um dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Pode-se dizer que transitam em julgado as decisões jurisdicionais que são ou que se tornam insuscetíveis de recurso ordinário. A noção de trânsito em julgado e, portanto, também a de caso julgado, se relaciona intimamente com a inalterabilidade dos efeitos da decisão judicial, que decorre de sua irrecorribilidade ordinária¹⁰⁴.

Vê-se que a Constituição pretendeu garantir a imutabilidade do caso julgado ainda que se funde ele em norma inconstitucional, exceto em circunstâncias nas quais seja essa norma penal (em sentido amplo) e mais desfavorável ao arguido, quando, em benefício da aplicação da lei mais benéfica, se romperá a proteção concedida às decisões judiciais irre-

sua natureza de regulamentação global ou de afectar a norma revogatória, a inconstitucionalidade parcial não se repercute na norma revogatória implícita, não envolvendo repristinação (*Idem*, pág. 663).

¹⁰³ *Idem*, págs. 663-664.

¹⁰⁴ OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1993, pág. 40.

corríveis¹⁰⁵. Para que isso ocorra, contudo, é necessário que o Tribunal Constitucional expressamente o determine, conforme expressa o próprio nº 3 do artigo 282. Nesse sentido, Gomes Canotilho ensina que “a possibilidade de revisão de sentenças constitutivas de caso julgado em matéria penal ou equiparada não é automática, pois tem de ser expressamente decidida pelo TC na sentença que declarar a inconstitucionalidade”¹⁰⁶.

Taipa de Carvalho, ao contrário, defende que jamais se deveria ressaltar o caso julgado quando a norma declarada inconstitucional é mais desfavorável, independentemente de qualquer decisão ou pronunciamento do Tribunal Constitucional¹⁰⁷.

Rui Pereira defende o mesmo, argumentando que, em tais circunstâncias, os interesses de segurança promovidos pela imutabilidade do caso julgado não estão presentes nem quanto ao arguido nem quanto a qualquer outra pessoa. Seria, segundo esse autor, intolerável que alguém cumpra uma pena apenas porque lhe foi aplicada uma lei inconstitucional¹⁰⁸.

Há ainda, na ordem jurídica portuguesa, um outro limite à repristinação na esfera do controle judicial da constitucionalidade: aquele imposto pelo nº 4 do artigo 29 da Constituição.

Este dispositivo determina que ninguém sofrerá pena ou medida de segurança mais graves que aquelas previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, bem como impõe a aplicação retroativa da lei penal de conteúdo mais favorável ao arguido.

Evidentemente, é possível que uma declaração de inconstitucionalidade acarrete a repristinação de uma norma penal mais desfavorável que aquela que invalidamente a revogou. O debate sobre se tal evento é ou não juridicamente possível à luz da ordem jurídica portuguesa, considerando o conteúdo do nº 4 do artigo 29 da CRP, logo chegou ao Tribunal Constitucional: discutiu-se a respeito no âmbito do processo que culminou no acórdão 56/84.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, pág. 49.

¹⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição...*, *op. cit.*, pág. 977.

¹⁰⁷ CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Sucessão de leis penais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, págs. 291-292.

¹⁰⁸ PEREIRA, Rui, “A relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao arguido”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (separata), 1 (1991), pág. 71.

Uma complexa circunstância envolvia o caso sob análise. O Decreto-Lei nº 349-B, de 30 de julho de 1983, que, dentre outros objetivos, pretendia, segundo seu próprio preâmbulo, sistematizar e atualizar a matéria referente a contravenções nos domínios monetário, financeiro e cambial, ganhou vigor e alterou significativamente o regime punitivo adotado pela legislação anterior quanto a algumas condutas, abrandando-o, inclusive, em muitas situações, já que atos que anteriormente eram crimes ou transgressões se tornaram contra-ordenações.

Este diploma, contudo, foi revogado pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 356-A, de 2 de setembro de 1983, o que gerou um vazio legislativo no âmbito da matéria. Logo depois, o Decreto-Lei nº 396, de 29 de outubro de 1983, que passou a vigorar em 3 de novembro do mesmo ano, fez ressurgir toda a legislação revogada pelo Decreto-Lei nº 349-B/83.

Após tal sucessão de diplomas normativos, pede-se ao Tribunal Constitucional, ainda em 1983, a declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 349-B. Logo surge, como questão preliminar, a dúvida sobre se, no caso, haveria interesse jurídico relevante que justificasse a atuação desse órgão judicial, já que, como se pode concluir, o objeto do requerimento já não estava em vigor.

O TC, então, inicialmente avalia e aponta como se deveria resolver, quanto àquelas situações sobre as quais a mudança do regime punitivo gerou impactos, o conflito de leis no tempo gerado pela sucessão das normas supracitadas sem considerar as consequências de uma eventual inconstitucionalidade do objeto da ação. Àqueles que praticaram condutas consideradas como transgressões pela legislação anterior e como contra-ordenações pelo Decreto-Lei nº 349-B/83 se aplicaria o regime jurídico-penal mais favorável em concreto. Após a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 356-A/83, em qualquer caso, ter-se-ia que julgar extinto o procedimento sancionatório. Já aqueles que praticaram atos considerados como crimes pelas normas anteriores e como contra-ordenações pelo Decreto-Lei nº 349-B/83 sofreriam condenação pelo tipo contra-ordenacional. Ao entrar em vigor o Decreto-Lei nº 356-A/83, julgar-se-ia extinto o procedimento contra-ordenacional. Finalmente, quanto aos sujeitos cujos atos eram considerados crimes pelas regras anteriores e continuaram a sê-lo com o advento do Decreto-Lei nº 349-B/83, embora com alterações, haveria a condenação com base na lei que em concreto lhes fosse mais benéfica e,

mais uma vez, seriam extintos os procedimentos criminais logo quando entrasse em vigor o Decreto-Lei nº 356-A/83.

A posterior ressurreição da legislação antiga, por força do Decreto-Lei nº 396/83, não geraria impacto algum sobre essas situações, já que a norma intermediária despenalizante o impediria. O surgimento de uma lei mais favorável beneficia um arguido que praticou conduta durante a vigência da lei anterior mais severa, e tal benefício não será atingido ainda que o regime jurídico precedente volte a vigorar por meio de uma terceira lei. Segundo o próprio acordão em análise, a doutrina dominante defende que, para a determinação do regime mais favorável, considerar-se-ão não apenas as leis vigentes na data do ato e na data do julgamento, mas também as leis intermediárias.

Contudo, o Tribunal Constitucional defendeu que uma eventual declaração de inconstitucionalidade das normas revogatórias do Decreto-Lei nº 349-B/83 mudaria todo esse panorama, pois, em virtude do disposto no nº 1 do artigo 282 da Constituição Portuguesa, ela surtiria efeitos desde a entrada em vigor do diploma inválido e ocasionaria a repristinação das regras anteriores revogadas. Estas, na verdade, em tais circunstâncias, sequer teriam sido extintas da ordem jurídica, tendo em vista a nulidade que caracteriza a lei inconstitucional, algo que, em consequência, afastaria o conflito de leis no tempo.

Assim, diante de eventual declaração de inconstitucionalidade das regras revogatórias do Decreto-Lei nº 349-B/83, a existência do Decreto-Lei nº 356-A/83, enquanto norma intermediária despenalizadora, seria irrelevante, já que tal diploma, nessas circunstâncias, teria revogado dispositivos que, na verdade, já não existiam. Aqui, a inconstitucionalização, em razão de sua componente retroativa, se anteciparia à própria revogação, e, portanto, o Decreto-Lei nº 356-A/83 se manteria na ordem jurídica como algo que jamais surtiu efeitos.

Com tais argumentos, o Tribunal Constitucional não só decidiu questão preliminar, reconhecendo a relevância de eventual declaração de inconstitucionalidade da norma sob exame, como também delineou a fundamentação essencial da decisão que posteriormente tomou em relação à repristinação das normas anteriores.

Ao final, o TC declarou a inconstitucionalidade das regras revogatórias do Decreto-Lei nº 349-B/83 e reconheceu, como consequência, que se teria de voltar a perseguir

criminalmente aqueles que praticaram atos sancionados pela legislação anterior durante a vigência dela, exceto em ocasiões nas quais já houvesse caso julgado.

Essa mesma corte, contudo, considerou o disposto no artigo 29 da Constituição Portuguesa. A repriminção das regras anteriores, mais severas, não poderiam afetar aqueles que praticaram os atos defesos no momento em que vigorava a lei mais branda, declarada inconstitucional, ou, mais ainda, quando imperava o vazio legislativo despenalizador. Em razão disso, o Tribunal Constitucional resolveu impedir o efeito repriminatório nesses casos, utilizando-se, para tanto, da prerrogativa que lhe concede o nº 4 do artigo 282 da CRP.

A decisão, no entanto, não foi unânime. Alguns membros do Tribunal Constitucional consideraram que não havia sequer interesse jurídico na declaração de inconstitucionalidade, pois o Decreto-Lei nº 356-A/83 já havia revogado esse diploma sem inserir, em seu lugar, nenhuma disciplina incriminadora. Assim, todos os atos antes criminosos deixaram de o ser, e aqueles que os praticaram se tornaram, em razão disso, imunes a qualquer perseguição criminal. Ademais, qualquer pena já imposta cessaria imediatamente. Portanto, não haveria situação jurídica pretérita a remediar através da declaração.

Este foi, senão o principal, um dos grandes pontos de divergência entre a maioria e a minoria que entendeu não haver nenhum interesse no exercício do controle de constitucionalidade naquelas circunstâncias. Para os conselheiros vencidos na ocasião, a revogação operada pelo Decreto-Lei nº 356-A/83 não é irrelevante, mesmo em caso de declaração de inconstitucionalidade da norma revogada. Sendo esse diploma mais favorável e livre de qualquer vício de inconstitucionalidade, teria ele de prevalecer sobre os outros daquela cadeia normativa, tornando-se assim a norma aplicável aos casos. A minoria viu o disposto no nº 3 do artigo 282 da CRP não como uma regra que restritivamente impunha uma exceção à regra geral em casos de nulidade (a eficácia da lei repriminada), mas como um indício de que quer a Constituição que a declaração de inconstitucionalidade nunca possa agravar o estatuto do réu, embora possa o oposto. Dever-se-ia, portanto, interpretar teleológica, sistemática e ampliativamente esse dispositivo, de maneira a sempre harmonizá-lo com o artigo 29 do texto constitucional.

Essa parece ser a proposta de Taipa de Carvalho¹⁰⁹, de que discorda, por sua vez, Rui Pereira, alegando que tal modelo “negaria, intrinsecamente, a desejável validade das demais normas constitucionais”. Segundo ele, a solução para o problema encontra-se na aplicação do regime do erro sobre a ilicitude ou da atenuação (geral ou especial) da pena por erro sobre a gravidade do ilícito. Esse autor acrescenta que a mutabilidade do caso julgado, nos casos previstos pela segunda parte do n° 3 do artigo 282 da CRP não leva a entender que sempre se deve aplicar a lei penal inconstitucional mais benéfica em detrimento da eficácia repristinatória geral da declaração de inconstitucionalidade. A única conclusão que se pode extrair dessa regra é justamente a oposta, já que, se ela estabelece uma exceção, mantém, ao mesmo tempo, os demais casos sob a égide da norma geral¹¹⁰.

Vitalino Canas adere aos resultados práticos gerados pelo acórdão 56/84, embora ressalte que, em certos pontos, os fundamentos e os instrumentos utilizados pelo Tribunal Constitucional não foram os melhores. Esse jurista defendeu a posição que tomou o TC em relação àqueles que praticaram atos ainda durante a vigência do regime jurídico antigo e que se beneficiaram com a edição do Decreto-Lei n° 349-B/83. Segundo ele, o artigo 29, n° 4, da CRP “situa-se num outro plano desta problemática”, pois ele apenas impõe que seja retroativa a eficácia da lei penal, mas não diz que assim será inclusive quanto às leis penais inválidas por razão de inconstitucionalidade. O autor defende que a Constituição Portuguesa, se desejasse tal modelo, o traria expresso no próprio n° 1 do artigo 282, aquele que trata justamente dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. Mas, ao contrário, o n° 3 desse artigo traz apenas uma exceção em que se mantém a retroatividade da lei penal inconstitucional mais benéfica: a do caso julgado¹¹¹.

De fato, o artigo 29, n° 4, da Constituição Portuguesa diz respeito a leis penais mais favoráveis e válidas. As inválidas manterão sua blindagem diante da repristinação quando houver caso julgado, mas não por força do artigo 29, n° 4, e sim por efeito do n° 3 do artigo 282.

Evidentemente, o Tribunal Constitucional poderia afastar a repristinação mesmo na ausência de sentença definitiva, mas, para isso, teria de invocar o n° 4 do artigo 282 da

¹⁰⁹ CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Sucessão...*, *op. cit.*, pág. 301.

¹¹⁰ PEREIRA, Rui, “A relevância...”, *op. cit.*, pág. 73.

¹¹¹ CANAS, Vitalino, *Introdução...*, *op. cit.*, pág. 163.

CRP, caso julgasse haver uma necessidade de proteger a segurança jurídica, a equidade ou algum interesse público de excepcional relevância¹¹².

Contudo, segundo esse autor, diferente é a situação dos sujeitos que agiram durante o vigor do Decreto-Lei nº 349-B/83. Se este diploma não sancionava a conduta por eles praticada, não haverá responsabilização criminal após a declaração de inconstitucionalidade. Assim é porque os nºs 1 e 3 do artigo 29 determinam que não haverá crime nem pena sem que haja lei penal anterior que as comine. Não se pode permitir, no âmbito do direito constitucional português, que consagra tal princípio, a aplicação de norma penal reprimida a factos ocorridos no período em que ela esteve “no estado de latência característico das leis invalidamente revogadas”, pois nesse ínterim o caráter delituoso da conduta e as penas a ela associadas não eram previsíveis. Permitti-lo seria “abrir a porta a algo equivalente à aplicação retroactiva de uma lei penal”¹¹³.

Se o Decreto-Lei nº 349-B/83 também sancionava a conduta, embora mais brandamente, Vitalino Canas, mais uma vez, distingue as circunstâncias nas quais há caso julgado daquelas nas quais não há. Quanto às primeiras, nenhuma dúvida subsiste, já que a elas se aplicará diretamente o nº 3 do artigo 282 da Constituição Portuguesa, que impede que a repriminação de uma lei penal mais desfavorável viole o caso julgado. A última situação, contudo, segundo esse autor, é diferente. Quanto a ela, o Tribunal Constitucional, no julgamento do acórdão em análise, se utilizando da prerrogativa que lhe concede o nº 4 do artigo 282, limitou o efeito repriminatório da declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 349-B/83, com o intuito de impedir que os agentes enquadrados nesse contexto fossem mais severamente punidos pelo regime jurídico-penal anterior, em respeito ao artigo 29 da CRP. O supracitado autor concorda com o resultado dessa decisão, mas julga que o instrumento utilizado não foi o mais adequado. A limitação do efeito repriminatório da declaração de inconstitucionalidade, que o Tribunal Constitucional diz ter empreendido, teria simplesmente impedido tanto a incidência do Decreto-Lei nº 349-B/83 quanto a da legislação anterior. Não se aplicaria a última em razão da limitação imposta pelo TC à sua repriminação, e não se imporá o primeiro graças à própria eficácia *ex tunc* da declaração de sua inconstitucionalidade. Contudo, a corte constitucional portuguesa determinou que,

¹¹² *Idem*, pág. 164.

¹¹³ *Idem*, págs. 164-165.

ao fim e ao cabo, se aplicasse o Decreto-Lei nº 349-B/83 aos casos ocorridos durante sua vigência¹¹⁴.

Ora, vê-se mesmo que a solução adotada pelo Tribunal Constitucional realmente não conduz ao resultado que ele almejou. Como argumenta Vitalino Canas, o supracitado órgão judicial acabou, na verdade, limitando não a eficácia repristinatória da declaração de inconstitucionalidade, mas sim sua eficácia retroativa, permitindo, com isso, que o objeto da declaração se aplique a circunstâncias ocorridas entre seu nascimento e a decisão judicial que reconheceu a sua invalidade, que, assim, surtiu efeitos apenas *ex nunc*¹¹⁵.

Vitalino Canas fala ainda sobre os casos nos quais houve a prática de atos vedados pela legislação anterior ao Decreto-Lei nº 349-B/83 durante o período de despenalização (aquele durante o qual vigorou o Decreto-Lei nº 356-A/83).

Havendo casos nos quais a conduta era tipificada apenas no arcabouço normativo antigo e não no Decreto-Lei nº 349-B/83, o Tribunal Constitucional, na visão desse doutrinador, poderia prescindir do uso da capacidade atribuída a ele pelo nº 4 do artigo 282 da Constituição Portuguesa, pois a repristinação não chegaria, nessas circunstâncias, a ponto de atingir atos praticados após a revogação da norma repristinada. A solução é a mesma para as ocasiões em que as condutas são puníveis tanto por força do Decreto-Lei nº 349-B/83 quanto pela legislação que o antecedeu¹¹⁶.

O Tribunal voltou a debater a questão no âmbito de outro caso concreto cujas circunstâncias, embora diferentes, conduziam à mesma controvérsia sobre se a norma penal mais favorável, embora inconstitucional, se aplicará em detrimento da repristinação de uma norma penal constitucional mais severa. Tal processo culminou na emissão do Acórdão 490/89.

¹¹⁴ *Idem*, págs. 165-167.

¹¹⁵ “Nesta perspectiva, o TC não fez uma limitação do efeito repristinatório, porque, como se acabou de expôr, as normas de P1 não poderiam ser, por aplicação do art. 282.º, n.º 1, repostas em vigor de forma a punirem factos praticados na vigência de P2; limitou sim a eficácia retroactiva da decisão de provimento do TC, já que este vem determinar que as normas de P2 continuem a ser aplicadas, mesmo após a emissão daquela decisão, aos factos ocorridos na sua vigência e que fossem também tipificados por P1” (*Idem*, págs. 166-167).

¹¹⁶ *Idem*, págs. 167-168.

Neste caso, o agente praticou a conduta criminosa durante a vigência do Decreto-Lei nº 187/83 e, em razão disso, um órgão judicial de primeira instância o condenou com base nesse diploma. O Ministério Público, contudo, através de recurso, requereu a majoração da pena, ainda se escorando na mesma norma jurídica.

O tribunal de segunda instância, contudo, negou o recurso, e o fez com base em nova argumentação. Para esse órgão jurisdicional, as normas constantes dos artigos 9º, nºs 2, alínea c), 5 e 6 e 18º do Decreto-Lei nº 187/83 eram organicamente inconstitucionais, pois versavam sobre matéria de competência legislativa exclusiva da Assembleia da República e foram aprovadas pelo Governo quando já havia caducado a autorização legislativa concedida para tanto. Também as normas dos artigos 9º, nºs 2, alínea a), 5 e 7, e 18º do Decreto-Lei nº 424/86 (normas em vigor no momento do julgamento e que, em certa medida, correspondiam às normas do diploma anterior) também padeciam de inconstitucionalidade formal e orgânica.

A inconstitucionalidade dessas normas, em tese, segundo o tribunal julgador, impediria a aplicação delas e acarretaria a repristinação do diploma legal anterior, no caso o Contencioso Aduaneiro, aquele que, portanto, se deveria aplicar ao caso.

No entanto, o regime jurídico-penal dessa norma era, em abstrato e em concreto, mais rigoroso que aquele previsto nas normas inconstitucionais posteriores, e sua aplicação violaria as garantias da não retroatividade nem ultra-atividade da lei penal e da aplicação da regra mais favorável, previstas no artigo 29º, nºs 1, 3 e 4, da Constituição da República Portuguesa. A repristinação do Contencioso Aduaneiro, em razão disso, não seria possível.

O tribunal, então, entendeu que se deveria aplicar as normas do Decreto-Lei nº 187/83 ou do Decreto-Lei nº 424/86 que, em concreto, se mostrassem mais favoráveis ao arguido, pois “sempre seria intolerável que, para afastar uma inconstitucionalidade orgânica, se praticasse uma inconstitucionalidade mais grave, ou seja, uma inconstitucionalidade de ordem material”. Como o órgão de segunda instância julgou que o regime punitivo mais benéfico era o previsto no no Decreto-Lei nº 424/86, aplicou-o ao caso.

O Ministério Público recorreu ao Supremo Tribunal de Justiça, dessa vez defendendo a aplicação das normas do Contencioso aduaneiro, o que lhe foi negado. O STJ res-

saltou ainda que o Tribunal Constitucional já havia declarado, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma do artigo 9º, nº 2, alínea c), do Decreto-Lei nº 187/83.

O TC, ao analisar o caso, ressaltou primeiramente que, naquela altura, todos os dispositivos impugnados no recurso que lhe dirigiu o Ministério Público (contidos no Decreto-Lei nº 187/83 e no Decreto-Lei nº 424/86), e não apenas o supracitado, já haviam sido declarados inconstitucionais com força obrigatória geral. Portanto, não lhe caberia mais reapreciar essa questão, mas tão somente aplicar as declarações emitidas pelo próprio Tribunal Constitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

O TC, em consequência, concluiu, em oposição ao tribunal recorrido, que não se poderia aplicar nem os dispositivos do Decreto-Lei nº 187/83 nem os do Decreto-Lei nº 424/86. Citou, como argumento, o artigo 207º da Constituição Portuguesa, que dispõe que não podem os tribunais, nas causas submetidas a julgamento, aplicar normas que desrespeitem regras ou princípios constitucionais. A corte constitucional portuguesa, ainda, especificamente quanto a aplicação, pelos tribunais recorridos, do Decreto-Lei nº 424/86, reafirmou aquilo que já havia estabelecido no Acórdão 56/84: o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica não pode conduzir à aplicação de normas posteriores inconstitucionais.

Restaria, portanto, enquanto lei válida e aplicável, o Contencioso Aduaneiro. Contudo, a decisão recorrida recusou-se a aplicá-lo, justamente por motivos de inconstitucionalidade, que existiria na medida em que a repristinação desse diploma culminaria na aplicação retroativa, ao arguido, de um regime jurídico-penal mais desfavorável. Segundo o Tribunal Constitucional, os tribunais recorridos, constatando que a pena prevista para o crime de contrabando de circulação na norma repristinável era mais severa que aquela imposta pelo Decreto-Lei nº 187/83, “consideraram que aquelas normas do Contencioso Aduaneiro eram materialmente inconstitucionais, tendo por isso recusado a sua aplicação, aplicando, em vez delas, as normas dos diplomas posteriores”, e justificaram-no argumentando que a inconstitucionalidade orgânica das normas mais benéficas seria menos grave que a inconstitucionalidade material da norma mais gravosa.

O TC, entretanto, não acatou esses argumentos. Segundo ele, não se demonstrou que as normas do Contencioso Aduaneiro padeciam de alguma inconstitucionalidade. Quanto à normas anteriores à Constituição, cabe apenas averiguar se há ou não inconstitu-

cionalidade material, como quer o artigo 293 da própria CRP, e tal espécie de vício não foi detectada.

O Tribunal Constitucional reconheceu que o artigo 29, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, impede a aplicação ultra-ativa do Contencioso Aduaneiro nos casos nos quais isso acarretasse a imposição, ao arguido, de regime punitivo mais severo que aquele previsto pela norma vigente na data da ação ou omissão criminosa. Mas tal limite, segundo a supracitada corte, não decorre de uma suposta inconstitucionalidade material desse diploma (que não existe), mas sim da aplicação direta do artigo 29, n.º 4, da CRP. Há, portanto, de se aplicar o Contencioso aduaneiro, a norma constitucional e válida que resta após as declarações de inconstitucionalidade proferidas e que, por isso, repristina e se aplica ao caso em questão. Tal aplicação, contudo, terá de observar o limite constitucional a que se fez referência acima: apenas os dispositivos que não imponham ao arguido punição mais severa que a prevista no momento da conduta serão chamados a funcionar no caso. A norma posterior inconstitucional, assim, acabará funcionando como um referencial-limite à aplicação do Contencioso Aduaneiro e será, portanto, de um modo ou de outro, objeto de consideração, pois era a regra que vigorava no momento do ato delituoso.

Por meio do processo que culminou no Acórdão 175/90, caso muito semelhante chegou ao Tribunal Constitucional, que decidiu exatamente como havia decidido antes, aplicando o Contencioso Aduaneiro em observância aos limites impostos pelo artigo 29, n.º 4, da Constituição Portuguesa. O TC ressaltou novamente que, caso se imponha ao réu um regime sancionatório mais gravoso que o vigente no momento da conduta delituosa, “verificar-se-ia inconstitucionalidade na *aplicação* da norma menos favorável por violação do princípio contido no artigo 29.º, n.º 4, e não já qualquer inconstitucionalidade material”, como sustentou a decisão recorrida.

1.8 Repristinação judicial e inconstitucionalidade superveniente

Importa também esclarecer se a repristinação ocorre também no âmbito da inconstitucionalidade superveniente ou se ela se restringe à esfera da inconstitucionalidade originária.

A maioria dos autores afirma que o efeito repristinatório das decisões de inconstitucionalidade adstringe-se ao campo da inconstitucionalidade originária¹¹⁷. Isto porque o efeito revogatório opera no momento em que surge a lei revogatória, e, nesse instante, nos casos de inconstitucionalidade superveniente, a lei é ainda constitucional e, portanto, é válida a revogação que produziu. Como a invalidade do efeito revogatório é pressuposto necessário da repristinação no âmbito do controle de constitucionalidade, esta, nessas circunstâncias, não ocorrerá¹¹⁸.

Rui Medeiros diz que assim é, ao menos, nos casos envolvendo revogação expressa ou tácita por nova regulamentação o total da matéria, pois neles o momento revogatório sempre coincide com o instante de nascimento da lei revogatória cuja inconstitucionalidade se detectará. No entanto, segundo esse autor, a questão está menos clarificada no tocante à revogação tácita por incompatibilidade, cujo momento de ocorrência não é claro como nas demais modalidades de revogação. Nesses casos, o efeito revogatório advém da incompatibilidade material, semântica, entre o texto antigo e o novo, e sua detecção, evidentemente, envolve uma tarefa hermenêutica de definição dos significados dos dois textos legais em questão. Portanto, caso varie a interpretação, a incompatibilidade, em um dado momento, pode desaparecer, e, junto com ela, o efeito revogatório da norma. Assim, pode-se concluir que a revogação tácita por incompatibilidade seria reversível e não operaria em abstrato, tendo de ser verificada caso a caso pelo aplicador do direito¹¹⁹.

1.9 O controle jurisdicional de constitucionalidade e suas modalidades

O controle de constitucionalidade é atuação que consiste em verificar a compatibilidade entre determinada lei ou ato normativo infraconstitucional e a constituição. A ordem jurídica não admitirá a permanência de um eventual contraste que tal atividade possa revelar, e condenará a norma inconstitucional à invalidade e à inaplicabilidade¹²⁰.

¹¹⁷ MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, *op. cit.*, pág. 656;

¹¹⁸ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, *op. cit.*, pág. 339;

¹¹⁹ MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, *op. cit.*, págs. 656-659;

¹²⁰ “O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Consti-

A inaplicabilidade da norma inconstitucional é decorrência, em larga medida, da ideia de constituição enquanto norma que ocupa uma posição superior em um sistema jurídico hierarquicamente organizado, ou, mais resumidamente, da ideia de supremacia da constituição. Quando se detecta um choque, uma incompatibilidade entre duas disposições legais, uma evidentemente tem de prevalecer sobre a outra, e se uma dessas regras é hierarquicamente superior, ela prevalecerá. Como, na ordem jurídica interna, a lei suprema é a constituição, baliza que condiciona a elaboração e o conteúdo das leis ordinárias, suas normas prevalecerão sobre todos os demais atos infraconstitucionais que as contrariem. A Constituição é a lei maior do Estado, ocupa o mais alto posto da hierarquia normativa. Ela vincula os poderes públicos que constituiu e é parâmetro de validade dos atos que eles emitem. Como ensina J. J. Gomes Canotilho, a superlegalidade material e a superlegalidade formal da Constituição conduzem ao princípio da constitucionalidade dos atos normativos. Esses atos serão conformes com o texto constitucional na medida em que não violem nem o conjunto de formalidades constitucionais exigidas para sua produção nem o conteúdo material dos princípios e regras da *lex superior*¹²¹.

Tal dogma da supremacia da constituição, enquanto teoria, nasce intimamente ligada ao direito natural, ao contratualismo e à ideia de soberania popular, doutrinas que ganharam terreno entre o fim do século XVII e o início do século XVIII. Os órgãos constituídos seriam, em um regime constitucional, meros mandatários, cujos poderes estão enumerados no instrumento formal do mandato, que é a constituição. Em razão disso, lhes seria vedado contrariar os dispositivos constitucionais, pois, se o fizessem, extrapolariam os limites da competência que lhes foi outorgada¹²².

Mesmo após a superação da doutrina do direito natural como formulada pelo pensamento liberal clássico, a constituição, sua supremacia e o controle da constitucionalidade

tuição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia” (BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed. rev. e atual., Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 1. Nathália Masson conceitua o controle de constitucionalidade como “uma verificação de compatibilidade, de adequação entre normas: as leis (e os demais atos normativos) e a Constituição” (*Manual de direito constitucional*, 2ª ed. rev. e atual., JusPODIVM, Salvador, 2014, pág. 897).

¹²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª edição, 16ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 890;

¹²² BITTENCOURT, C. A. Lúcio, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed., Ministério da Justiça, Brasília, 1997, págs. 64-65.

dos atos normativos ainda exercem um papel preponderante na proteção dos direitos fundamentais, sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais¹²³.

Deve-se, assim, garantir a supremacia constitucional. É imperioso que exista um mecanismo que impeça o ingresso de leis contrárias à Constituição no ordenamento jurídico e que afaste tais leis desse mesmo ordenamento, caso nele ingressem¹²⁴. Esse mecanismo é o controle de constitucionalidade. Sem ele, não há como assegurar a preponderância do texto constitucional sobre os atos dos poderes públicos, a supremacia e a densidade normativa da *higher Law*.

Há várias modalidades de controle de constitucionalidade. Em relação ao sujeito controlador, há o controle político, exercido por órgãos de natureza política, e o controle jurisdicional, exercido por juízes e tribunais.¹²⁵

Quanto ao momento em que o controle ocorre, há o controle preventivo, prévio ou *a priori* e o sucessivo ou *a posteriori*. O primeiro se dá antes mesmo do início da vigência da lei objeto da fiscalização de constitucionalidade. O segundo, ao contrário, ocorre quando a norma cuja constitucionalidade se averigua já possui pleno vigor.¹²⁶

O controle sucessivo será *abstrato, direto, por via principal* ou *por via de ação*, quando sucede independentemente da existência de um litígio concreto no âmbito do qual se discuta a constitucionalidade da norma a ele aplicável. Ele será, ao contrário, *concreto* ou *incidental* justamente quando ocorre na esfera do julgamento de um caso concreto.¹²⁷

O controle preventivo, como já visto, será, por óbvias razões, sempre abstrato. Como a norma fiscalizada ainda não possui vigência, não possui também, por conseguinte, eficácia, não compondo o *hall* de leis aplicáveis a casos concretos.

A repristinação não é possível no âmbito do controle preventivo de constitucionalidade, exatamente porque a norma ainda não adquiriu vigência e eficácia. Assim, também não chegou a revogar lei alguma, e sua eventual inconstitucionalidade, portanto, não surtirá efeitos repristinatórios em relação a nenhuma norma jurídica.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto, *O controle...*, *op. cit.*, pág. 2.

¹²⁴ CORREIA, Fernando Alves, *Justiça...*, *op. cit.*, pág. 19.

¹²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito...*, *op. cit.*, págs 897-898

¹²⁶ CORREIA, Fernando Alves, *Justiça...*, *op. cit.*, pág. 217.

¹²⁷ *Idem*, pág. 217.

Contudo, a repristinação judicial é plenamente possível no âmbito do controle sucessivo de constitucionalidade. Este trabalho se ocupará do fenômeno repristinatório tanto na esfera do controle sucessivo abstrato quanto na do controle sucessivo concreto.

2 A REPRISTINAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE JUDICIAL SUCESSIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle judicial sucessivo abstrato (artigo 282 da Constituição da República Portuguesa)

O artigo 282 da Constituição da República Portuguesa dispõe sobre os efeitos das decisões de provimento na esfera do controle sucessivo abstrato de constitucionalidade, dentre os quais se encontra a repristinação¹²⁸. Cabe aqui um panorama geral a respeito deles.

O número 1 do supracitado artigo preocupa-se, na verdade, em estabelecer o momento a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade surte efeitos, qual seja: desde o início da vigência da lei inconstitucional. Assim, os efeitos se operam *ex tunc*. Segundo Canotilho, a declaração de inconstitucionalidade das normas jurídicas (salvo decisão do Tribunal Constitucional, com fundamento no nº 4 do próprio artigo 282) equivale à declaração de nulidade dessas mesmas normas¹²⁹.

Contudo, há uma peculiaridade nos casos de inconstitucionalidade superveniente em comparação aos de constitucionalidade originária que merece relevo, embora, em ambas as circunstâncias, mantenha-se a regra da ocorrência *ex tunc* de efeitos¹³⁰.

A inconstitucionalidade originária ocorre quando a norma inconstitucional é posterior à Constituição que lhe serve como parâmetro de validade, ou seja, o texto constitucional já existe na ocasião de seu surgimento. Já nos casos de inconstitucionalidade superveniente, ao contrário, a norma já existe quando surge o texto constitucional que lhe é incompatível. Nesse caso, há dois momentos distintos: o primeiro, quando a norma é válida e produz seus efeitos, pois adequa-se à ordem jurídica vigente naquele momento, e o segun-

¹²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição...*, *op. cit.*, pág. 975;

¹²⁹ *Idem*, pág. 975;

¹³⁰ *Idem*, pág. 976;

do, quando surge um texto constitucional que, por colidir com a norma, a torna inconstitucional¹³¹.

Nos casos de inconstitucionalidade originária, os efeitos da decisão de provimento operam desde o momento do nascimento da norma inconstitucional, desde o início de sua vigência. Isso ocorre porque tal lei surge em um momento em que a Constituição com que colide já existe e vigora, e, portanto, ela é, *ab initio*, inconstitucional¹³².

Nos casos de inconstitucionalidade superveniente, ao contrário, a lei já existe quando surge o texto constitucional com que conflita. A incompatibilidade, assim, surge no momento em que nasce o texto constitucional, e não no instante em que surge a lei, e, portanto, também seus efeitos operam a partir daí¹³³.

Repita-se que, em ambos os casos, os efeitos ocorrem *ex tunc*, pois atingem momentos anteriores à própria declaração de inconstitucionalidade da lei. Apenas os momentos a partir dos quais se produzem são distintos.

Há, contudo, uma exceção à produção *ex tunc* de efeitos, que, como impõe o número 3 do artigo 282 da Constituição Portuguesa, manterá incólumes os chamados casos julgados.

Canotilho afirma que o texto constitucional português não dá uma definição de caso julgado. No entanto, para o mesmo autor, esse é um conceito pré-constitucional suficientemente densificado que abriga outras situações jurídicas consolidadas. A solução, no entanto, será outra no tocante a situações não plenamente exauridas¹³⁴.

Há, ainda, uma exceção à exceção acima referida: os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade atuarão sobre casos julgados caso a norma declarada inconstitucional verse sobre matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e tenha conteúdo menos favorável ao arguido. No entanto, a concretização dessa excepcionalidade

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito...*, *op. cit.*, pág. 1013;

¹³² MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 4ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pág. 338;

¹³³ *Idem*, pág. 339;

¹³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição...*, *op. cit.*, pág. 977

só ocorrerá caso o Tribunal Constitucional assim decida, na própria sentença que declarar a inconstitucionalidade¹³⁵.

Já o número 4 do artigo 282 dá ao Tribunal Constitucional poderes para também limitar o alcance temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle sucessivo abstrato, invocando, para isso, razões relativas à segurança jurídica, à equidade ou a interesse público de excepcional relevo. Exige-se que tais razões sejam suficientemente fortes a ponto de impedir que os efeitos temporais normais da declaração de inconstitucionalidade se processem, o que, em consequência, acabará também consolidando situações geradas ao abrigo de uma lei que viola a Constituição. Ressalte-se ainda que essa restrição será decidida e fundamentada na mesma decisão que declara a inconstitucionalidade da norma¹³⁶.

2.2 Tratamento legislativo e jurisprudencial relativo à repriminção no âmbito do controle judicial sucessivo abstrato de constitucionalidade

Quanto ao direito português, a própria Constituição de 1976 expressamente determina que haja repriminção das normas revogadas por leis declaradas inconstitucionais. Há, portanto, norma expressa em relação a isso. Rui Medeiros sublinha este fato ao dizer que o legislador constituinte português tomou inequívoca posição quanto a uma questão controversa que divide a doutrina e a jurisprudência¹³⁷.

No Brasil, ao contrário, a Constituição de 1988 silencia a respeito disso. Não há nela norma alguma que se refira diretamente a esta problemática, nos moldes da Constituição da República Portuguesa.

A disposição mais direta que se pode encontrar a respeito repousa em uma norma infraconstitucional: a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, cujo artigo 11º, em seu parágrafo 2º, afirma que a concessão de medida cautelar em uma ação direta de incons-

¹³⁵ *Idem*, págs. 976-977

¹³⁶ *Idem*, pág. 980;

¹³⁷ MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, *op. cit.*, pág. 652.

titucionalidade torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo manifestação expressa em contrário.

Não se trata, portanto, de definição a respeito da ocorrência (ou não) do fenômeno após o julgamento definitivo da ação de controle abstrato da constitucionalidade, quando o órgão judicial competente (no caso, o Supremo Tribunal Federal) declara definitivamente a inconstitucionalidade de uma norma. Trata-se de disposição que disciplina a questão no contexto da concessão de uma medida de caráter cautelar e provisório que implica na mera suspensão da vigência de lei cuja constitucionalidade se averigua.

No entanto, a jurisprudência, mesmo antes da edição de tal diploma, já vinha atribuindo à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral efeitos repristinatórios.

O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 3.148-1, assentou que a declaração de inconstitucionalidade “*in abstracto*” de uma norma gera a restauração da lei anterior por ela revogada. Na ocasião, discutia-se a validade de uma norma do estado do Tocantins que dispunha sobre a exploração de atividade lotérica, matéria cuja regulamentação, segundo o inciso XX do artigo 22 da Constituição de 1988, caberia apenas à União.

Nessa ocasião, os argumentos utilizados pelo STF na defesa da repristinação são basicamente aqueles dos quais a doutrina brasileira e a portuguesa já lançam mão para justificar a ocorrência desse fenômeno: se a lei inconstitucional é inválida desde seu nascedouro, ela não gera nenhum efeito jurídico, nem mesmo algum eventual efeito revogatório. Assim, permanecem incólumes as normas anteriores que ela eventualmente tenha revogado¹³⁸.

Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.867-7, relatada também pelo ministro Celso de Mello, o governador do estado do Espírito Santo impugnou a Lei Comple-

¹³⁸ O relator Celso de Mello afirmou: “A declaração de inconstitucionalidade “*in abstracto*”, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 120/64 – RTJ 194/504-505 – ADI 2.867/ES, v.g), importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica (RTJ 146/461-462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria repristinação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida (RTJ 102/671), sequer possui eficácia derogatória. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional”

mentar nº 256 (estadual), de 16 de outubro de 2002. Essa norma, fruto de iniciativa parlamentar, modificou o regime jurídico de servidores públicos da supracitada unidade da federação, efeito que apenas uma lei oriunda de iniciativa do chefe do poder executivo local poderia validamente gerar.

Ao julgar a ADI em questão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade formal da norma impugnada, em razão do desrespeito à cláusula de reserva, já que apenas o governador do estado pode propor legislação que, nas palavras do relator, disciplinem “os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes.”. Ao fazê-lo, o STF mais uma vez ressaltou que a declaração de inconstitucionalidade, em sede de fiscalização abstrata, gera a repristinação das normas anteriores, alegando novamente, para tanto, a ausência de aptidão revogatória da lei nula.

Durante o regime constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal já admitia a ocorrência de repristinação de leis revogadas por normas declaradas inconstitucionais pela via do controle abstrato.

Na Representação¹³⁹ nº 1077, se buscava a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 383, de 4 de dezembro de 1980, do estado do Rio de Janeiro, que, além de ampliar o âmbito de incidência das taxas judiciais, fazendo-as incidir até sobre atos de natureza extrajudicial, encareceu-as consideravelmente, algo que, segundo o Procurador Geral da República, autor da ação, atingiu gravemente o direito de acesso à jurisdição da população de baixa e média renda.

O STF, conforme lhe foi requerido, suspendeu cautelarmente a eficácia do artigo 2º da Lei nº 383, o dispositivo impugnado, mas foi ainda além: suspendeu também a eficá-

¹³⁹ No momento em que se ajuizou a Representação nº 1.077, vigia a Constituição de 1969, que, na verdade, foi promulgada como emenda à Constituição de 1967, sua antecessora. No entanto, como ensina José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*, 27ª ed., rev. e atual., Malheiros, São Paulo, 2006, pág. 87), “teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*.”. O texto constitucional de 1969, mantendo inovação trazida pela Emenda nº 16 de 1965, permitia o manejo (somente pelo Procurador-Geral da República) de uma ação de controle abstrato chamada de “Representação de Inconstitucionalidade”, nomenclatura já ultrapassada em decorrência da promulgação da Constituição de 1988, que instituiu a contemporânea “Ação Direta de Inconstitucionalidade” (Ver MENDES, Gilmar Ferreira/BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 9ª ed. rev. e atual., Saraiva, São Paulo, 2014, págs. 1066-1068).

cia do artigo 3º da mesma norma, que revogara expressamente a legislação anterior que disciplinava a matéria.

O Supremo Tribunal Federal assim agiu justamente por entender que a declaração de inconstitucionalidade, em abstrato, de uma norma faz ressurgir a lei anterior por ela revogada. O relator da ação, José Carlos Moreira Alves, afirmou que “sendo nula a lei declarada inconstitucional, permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade”. Como, segundo o mesmo magistrado, o resultado que se busca através da liminar é aquele mesmo que se pleiteia em definitivo e que prevalecerá caso seja julgada procedente a ação, é natural que, já desde aquele instante, as leis anteriores ganhassem novamente vigor, ao menos até a conclusão do julgamento.

2.3 A repristinação judicial e a medida cautelar em sede de ação de controle abstrato sucessivo de constitucionalidade

Como já visto, a referência legislativa à repristinação judicial, no Brasil, repousa em uma lei infraconstitucional e não guarda relação com as decisões finais de provimento na esfera do controle judicial abstrato sucessivo de constitucionalidade, mas sim com as decisões cautelares nela tomadas.

Na Representação nº 1.356, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a eficácia de normas do estado de Alagoas que reformulavam o regime jurídico de servidores do órgão legislativo local.

Segundo o estado de Alagoas, contudo, a suspensão liminar da eficácia da norma impugnada não teve aptidão para restaurar a lei anterior e gerou, por isso, um vazio legislativo. Diante dessa circunstância, a supracitada unidade federada requereu ao relator a revogação da medida.

O STF, contudo, assentou justamente o contrário: a referida suspensão da eficácia da norma, que equivaleria à suspensão da sua vigência, restaurou, sim, a legislação anterior, que ocupou o espaço deixado pela lei impugnada, evitando assim o surgimento do

suposto vácuo legislativo que motivou o pedido de revogação da medida liminar, que, em razão disso, foi negado.

Esse entendimento se incorporou na legislação através da Lei nº 9.868, cujo artigo 11º, em seu parágrafo 2º, determina expressamente, como já dito, que a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior que eventualmente exista, salvo expressa manifestação contrária.

Cabe aqui, entretanto, alguma discussão a respeito da natureza dessa ocorrência e da validade lógica desse entendimento que o Supremo Tribunal Federal adotou, importa lembrar, antes da vigência da Lei nº 9.868/99.

Esse diploma dispõe que a medida cautelar agirá *ex nunc*, ou seja, surtirá efeitos apenas sobre o futuro, até o julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, sem afetar situações anteriores à sua concessão. Essa é a regra, embora a norma abra espaço para que se dê à decisão liminar efeitos retroativos.

No entanto, a restauração da lei anterior revogada não é uma consequência lógica natural da suspensão prospectiva, ou *ex nunc*, da norma que a revogou. Para que a repristinação ocorra, é preciso que se fulmine o efeito revogatório da norma, ou, mais propriamente, é preciso que se reconheça que a norma em questão, em razão de sua nulidade radical, jamais surtiu efeitos revogatórios (nem outros de qualquer natureza).

Ora, sabe-se que tais efeitos operam no momento em que a lei revogatória entra em vigor. As normas suspensas liminarmente perdem o vigor prospectivamente, mas tudo aquilo que ela produziu antes se mantém íntegro, inclusive a revogação da norma anterior. A suspensão liminar, assim, mais se assemelharia a uma revogação temporária. A repristinação surgirá, enquanto decorrência lógica natural, apenas se e quando a sentença definitiva declarar a inconstitucionalidade e conseqüentemente a nulidade da lei revogatória impugnada.

A repristinação é, todavia, possível em casos de suspensão liminar da eficácia da lei, mas desde que o ordenamento jurídico expressamente determine isso, como fez a Lei nº 9.868/99. Não parece, portanto, válido, do ponto de vista lógico-jurídico, entender, a exemplo do STF, que a mera suspensão da norma cuja constitucionalidade se averigua

tenha o condão de trazer novamente à vida a lei anterior, a não ser que se entenda que a medida liminar legalmente prevista surte, embora temporariamente, os mesmos efeitos que surtiria uma eventual decisão final. Mas então, nesse caso, se teria de atingir também os efeitos pretéritos da norma.

No entanto, o legislador brasileiro, ao editar a regra, deixando-se aparentemente guiar pelo pragmatismo, quis evitar o vazio legal que naturalmente nasceria após uma suspensão cautelar de efeitos prospectivos, algo que poderia gerar considerável insegurança jurídica durante todo o interregno processual no âmbito do STF (que nem sempre é razoavelmente curto), bem como o risco de surgimento de decisões judiciais díspares a respeito de casos idênticos em todo o país.

Em Portugal, não é possível a concessão de medidas cautelares no âmbito de uma ação de controle abstrato de constitucionalidade. Não há, no Título I da Parte IV (que trata da fiscalização da constitucionalidade) nenhum dispositivo que autorize o Tribunal Constitucional a fazê-lo. Igualmente, não se pode encontrar na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional nenhuma regra que o permita. Na doutrina, Jorge Miranda afirma que não apenas o requerimento de apreciação da constitucionalidade não suspende a aplicação da norma impugnada, como também não pode o Tribunal Constitucional adotar medidas de natureza cautelar¹⁴⁰.

2.4 Competência do Tribunal Constitucional em matéria de repristinação no âmbito do controle judicial sucessivo abstrato de constitucionalidade

No âmbito do controle judicial de constitucionalidade, a repristinação é decorrência automática da declaração de inconstitucionalidade/anulação *ex tunc* da norma inconstitucional (como um todo ou, ao menos, do segmento com efeitos revogatórios). Portanto,

¹⁴⁰ “O requerimento de apreciação da constitucionalidade ou da legalidade não suspende, conforme também já se sublinhou, a aplicação, a vigência ou a eficácia (como se queira) das normas impugnadas, nem o Tribunal Constitucional pode adotar providências cautelares” (MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo VI, *op. cit.*, pág. 331)

não há necessidade de manifestação do julgador sobre se há repristinação ou, muito menos, sobre quais normas repristinarão¹⁴¹.

O Tribunal Constitucional limita-se, de fato, a declarar, total ou parcialmente, a invalidade de uma lei revogatória inconstitucional, afastando-a do sistema jurídico. A repristinação, como consequência lógica direta dessa invalidade, será reconhecida por qualquer tribunal no ofício da aplicação do direito. Rui Medeiros salienta que o Tribunal Constitucional deve decidir se determinada interpretação de certa lei é ou não inconstitucional, mas não pode impor a interpretação que julga correta aos demais tribunais¹⁴². Estes, aliás, podem enveredar por outros caminhos hermenêuticos que não impliquem na repristinação da norma revogada.

Segundo Rui Medeiros, ainda, a questão de definir se há ou não repristinação conduz, no fundo, à questão de definir a norma aplicável, tarefa que se coloca em um plano puramente interpretativo. Caso o Tribunal Constitucional pudesse indicar, com força vinculante, qual norma repristina em razão de sua decisão de inconstitucionalidade, estaria ele, então, transformando-se em uma megainstância com influência na resolução de casos concretos que se encontram sob a responsabilidade de outros tribunais¹⁴³.

Tiago Félix da Costa compartilha desse entendimento, afirmando que uma eventual repristinação é questão a ser resolvida pelos demais tribunais, na ocasião do julgamento de casos concretos que lhes cheguem¹⁴⁴.

No ordenamento jurídico austríaco é exemplo de modelo em que o oposto ocorre: cabe ao Tribunal Constitucional indicar expressamente se a repristinação ocorre e, diante de conclusão afirmativa, quais normas repristinam, por força da parte final do n° 6 do artigo 140 da Constituição desse país¹⁴⁵.

¹⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito...*, *op. cit.*, pág. 1016;

¹⁴² MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, *op. cit.*, pág. 666.

¹⁴³ *Idem*, pág. 666.

¹⁴⁴ COSTA, Tiago Félix da, *A repristinação...*, *op. cit.*, pág. 446.

¹⁴⁵ MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, *op. cit.*, pág. 665.

3 NOTAS ESPECÍFICAS SOBRE A REPRISTINAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE SUCESSIVO CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

A grande problemática em relação à repristinação no âmbito do controle judicial sucessivo concreto de constitucionalidade diz respeito, na verdade, a saber se ela realmente ocorre nessa modalidade de fiscalização.

O nº 1 do artigo 282 da Constituição da República Portuguesa prevê a repristinação como efeito da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. No entanto, a mesma Constituição não traz dispositivo algum que se refira aos efeitos de tal declaração no âmbito do controle sucessivo concreto de constitucionalidade¹⁴⁶.

No entanto, autores entendem que o efeito repristinatório também ocorre nessa esfera. Para Rui Medeiros, por exemplo, os fundamentos dessa ocorrência são os mesmos que justificam a repristinação na esfera do controle abstrato de constitucionalidade: como a norma inconstitucional é inválida *ab initio*, também o é o efeito revogatório que fez incidir sobre a norma anterior¹⁴⁷.

Vitalino Canas percebe a repristinação como efeito típico da declaração de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concreta, e, mais que isso, afirma ser a solução repristinatória a mais lógica e cômoda. Ela, além de evitar o vazio legislativo em matérias sobre as quais é conveniente que haja regulamentação legal, implica recorrer a uma solução criada pelo legislador, e não pelo órgão judicial em sua tarefa integrativa. Assim, esse autor conclui que, mesmo na ausência de expressa disposição constitucional nesse sentido, a decisão de provimento em controle concreto de constitucionalidade provoca a repristinação da norma ou normas anteriores¹⁴⁸.

Contudo, esse mesmo autor admite que a repristinação no âmbito do controle concreto de constitucionalidade não é rigorosamente idêntica a que ocorre em sede de controle abstrato. Neste, a norma revogada retornaria ao ordenamento jurídico, recuperaria sua vi-

¹⁴⁶ CANAS, Vitalino, *Introdução...*, *op. cit.*, pág. 70.

¹⁴⁷ MEDEIROS, Rui, *A decisão...*, *op. cit.*, pág. 656.

¹⁴⁸ CANAS, Vitalino, *Introdução...*, *op. cit.*, pág. 72.

gência em termos gerais e abstratos, enquanto, no controle concreto, haveria somente um dever de aplicação da lei anterior pelo juiz da causa¹⁴⁹.

Tiago Félix da Costa, no entanto, adota posição diversa ao defender que o efeito repristinatório não é típico às decisões de inconstitucionalidade em controle concreto. Para ele, essa possibilidade, embora exista, não se impõe à generalidade dos casos, pois a responsabilidade de decidir o caso concreto é do tribunal recorrido, que, pode recorrer à norma revogada anterior ou, ao contrário, pode não o fazer, se utilizando de outra solução jurídica¹⁵⁰.

Para esse jurista, é vedado ao Tribunal Constitucional, inclusive, por ocasião do exercício do controle concreto de constitucionalidade, limitar os efeitos repristinatórios, mesmo quando julgar que a norma que crê repristinável naquele caso seja também inconstitucional¹⁵¹.

Esse autor contesta a tese de que a declaração de inconstitucionalidade, no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, gere um vazio legislativo. Tal declaração, nesse caso, acarretaria apenas a inaplicabilidade da lei ao caso em questão, e não a erradicação da lei do ordenamento jurídico, como ocorre em controle abstrato, já que, afinal, a norma pode ser aplicada em outros casos concretos, em qualquer outro processo¹⁵².

O Tribunal Constitucional entende que a repristinação no âmbito do controle judicial concreto de constitucionalidade é possível, como se pode inferir da leitura dos acórdãos 490/89 e 175/90, nos quais o TC admite que “não se vê nenhuma razão para diferente conclusão no caso de fiscalização concreta da inconstitucionalidade”.

¹⁴⁹ *Idem*, pág. 74.

¹⁵⁰ COSTA, Tiago Félix da, *A repristinação...*, *op. cit.*, pág. 449.

¹⁵¹ *Idem*, pág. 449.

¹⁵² *Idem*, pág. 446.

4 CONCLUSÃO

De tudo aquilo que se expôs acima, se pode extrair algumas conclusões fundamentais. Primeiramente, não há convergência quanto ao conceito de repristinação (enquanto gênero). Há, como visto, vários conceitos ligeira mas sensivelmente distintos entre si, algo que certamente dificulta o tratamento teórico-dogmático do instituto, já que cria alguma dificuldade à definição precisa do fenômeno.

Em segundo lugar, pode-se dizer que os regimes jurídicos português e brasileiro a respeito da repristinação são bastante semelhantes, embora tenham chegado a isso através de meios normativos diferentes. Quis o legislador constituinte português que a Constituição da República Portuguesa tomasse expressa e inequívoca posição a respeito deste tema através do nº 1 do seu artigo 282. A Constituição da República Federativa do Brasil, ao contrário, não se posicionou expressamente a esse respeito. Na ordem jurídica brasileira, uma lei ordinária faz isso: a Lei nº 9.868/99. No entanto, ela não trata da repristinação enquanto decorrência da decisão final de inconstitucionalidade, mas sim a impõe como consequência de uma medida cautelar no âmbito de uma ação de controle abstrato da constitucionalidade. A jurisprudência, então, é fundamental, no Brasil, na definição do evento repristinatório enquanto efeito da inconstitucionalidade e da consequente nulidade de uma lei.

Em terceiro lugar, é possível identificar alguma tensão entre a teoria da nulidade da norma inconstitucional e o conceito de repristinação enquanto renascimento de uma lei já inexistente. A ineficácia *ab initio*, uma das características essenciais do regime da nulidade, é também o postulado lógico fundamental da repristinação judicial, mas, ao mesmo tempo, parece criar alguma contradição ao indicar que, na verdade, a lei revogada jamais deixou de existir, o que contraria o núcleo essencial do conceito de repristinação: o ressurgir, enquanto algo que, obviamente, pressupõe uma inexistência prévia. A tese da anulabilidade com efeitos retroativos resolveria melhor a questão. É assim, claro, sob um ponto de vista puramente teórico e formal. Não se nega que a norma, na realidade prática, deixa de existir. Como já dito, o presente trabalho quis apenas apresentar a questão, sem, contudo, trazer maiores aprofundamentos nem, muito menos, ingressar no tema do valor jurídico negativo da lei inconstitucional.

Em quarto lugar, é certo que, em Portugal, a grande maioria da doutrina e da jurisprudência (inclusive a do Tribunal Constitucional) defende que a reprivatização judicial é fenômeno que também ocorre no âmbito do controle concreto de constitucionalidade. Segundo todos os que adotam tal ideia, não há nenhuma razão específica que conduza ao pensamento oposto.

5 BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, *Dicionário básico de direito Acquaviva*, 2ª ed. rev. e atual., Editora Jurídica Brasileira, São Paulo, 1997

AGRA, Walber de Moura, *Curso de direito constitucional*, 8ª ed. rev. e atual., Forense, Rio de Janeiro, 2014

ANDRADE, Vieira de, “Validade (do acto administrativo)”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*

ARAÚJO, Luiz Alberto David/NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, *Curso de direito constitucional*, 19ª ed. rev. e atual., Editora Verbatim, São Paulo, 2015

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito: introdução e teoria geral*, 13ª ed. refundida, 7ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013

BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 7ª ed. rev., Saraiva, São Paulo, 2009

BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed. rev. e atual., Saraiva, São Paulo, 2009

BITTENCOURT, C. A. Lúcio, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed., Ministério da Justiça, Brasília, 1997

CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional: conteúdo, objeto, efeitos*, 2ª ed. rev., Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1994

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª edição, 16ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003

CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa comentada*, 4ª ed. rev., Coimbra Editora, Coimbra

- CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Sucessão de leis penais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990
- CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito constitucional*, 16ª ed. rev., atual. e ampl., Del Rey, Belo Horizonte, 2010
- CICCONETTI, Stefano Maria/TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, *Jurisdição constitucional comparada*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2010
- CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000
- CORREIA, Fernando Alves, *Justiça constitucional*, Almedina, Coimbra, 2016
- COSTA, Tiago Félix da, “A repristinação de normas no recurso de fiscalização concreta da onstitucionalidade”, in *O direito*, Ano 140, II
- COSTA, Wagner Veneziani, *Dicionário jurídico*, Madras, São Paulo, 2005
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de direito constitucional*, 2ª ed. rev., ampl. e atual., JusPodivm, Salvador, 2008
- Diário da Assembleia da República, Série II, Suplemento ao nº 69
- DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, 27ª ed., vol. 1, Saraiva, São Paulo, 2010
- DINIZ, Maria Helena, *Dicionário jurídico*, 3ª ed. rev., atual. e aum., vol. 4, Saraiva, São Paulo, 2008
- FELIPPE, Donald J., *Dicionário jurídico de bolso*, 16ª ed., Millennium Editora, Campinas, 2004
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 2ª ed. ampl. e atual., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI*, Editora Nova Fronteira e Lexikon Informática, Rio de Janeiro, 1999 (Versão 3.0. 1 CD-ROM.)

- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, “O efeito repristinatório na declaração de inconstitucionalidade”, in *Atualidades jurídicas (Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade de Educação São Luiz)*, Nº 5, Ano V (2009)
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.), *Dicionário jurídico*, 3ª ed., Rideel, São Paulo, 1999
- KATCHI, António, *Dicionário da Parte Geral do Código Civil Português*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2013
- MASSON, Nathália, *Manual de direito constitucional*, 2ª ed. rev. e atual., JusPODIVM, Salvador, 2014
- MEDEIROS, Rui, “Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional”, in *O direito* (1989)
- MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica, Lisboa, 1999
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, 28ª ed. rev. e atual., Malheiros, São Paulo, 2011
- MENDES, Gilmar Ferreira/BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 11ª ed. rev. e atual., Saraiva, São Paulo, 2016
- MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo II
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 4ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2013
- MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça constitucional*, 2ª ed., vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2006
- OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1993
- PAULO, Antonio de (ed.), *Pequeno dicionário jurídico*, 2ª ed. atual., DP&A, Rio de Janeiro, 2004

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, 22ª ed., vol. 1, Forense, Rio de Janeiro, 2008

PEREIRA, Rui, “A relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao arguido”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (separata), 1 (1991)

PRATA, Ana, *Dicionário jurídico*, 5ª ed. atual. e aument., vol. 1, Almedina, Coimbra, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang/MARINONI, Luiz Guilherme/MITIDIERO, Daniel, *Curso de direito constitucional*, 3ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014

SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1999

SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 27º ed., rev. e atual., Malheiros, São Paulo, 2006

SILVA, José Afonso da, *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 2007

6 JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal (Brasil)

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.154

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.258

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.574

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.847

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.867-7

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.148-1

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815

Mandado de Segurança nº 20.257

Mandado de Segurança nº 23.047 (medida cautelar)

Recurso Extraordinário nº 114.689-3

Representação nº 1.077

Representação nº 1.356

Tribunal Constitucional (Portugal)

Acórdão nº 187/2003

Acórdão nº 56/84

Acórdão nº 490/89

Acórdão nº 175/90

Acórdão nº 12/91