

EMERSON HONORATO SANTOS

**A MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**CURITIBA
2005**

EMERSON HONORATO SANTOS

**A MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à disciplina de
Direito Constitucional como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Humanas da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Elizeu de Moraes Corrêa

CURITIBA
2005

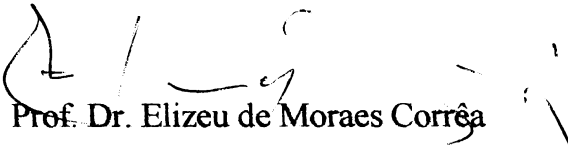
TERMO DE APROVAÇÃO

EMERSON HONORATO SANTOS

A MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Elizeu de Moraes Corrêa



Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes



Prof. Dr. Luiz Marlo de Barros e Silva



Curitiba, 11 de novembro de 2005

SUMÁRIO

RESUMO	04
INTRODUÇÃO	05
CAPÍTULO I	
CONSTITUIÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE	06
1.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO	06
1.2 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES	08
1.3 CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE	11
CAPÍTULO II	
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.1 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.2 SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	18
2.3 NULIDADE OU ANULABILIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE AÇÃO	21
CAPÍTULO III	
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	23
3.1 COMPETÊNCIA, NATUREZA E FINALIDADE	23
3.2 LEGITIMIDADE	25
3.3 OBJETOS DA AÇÃO	27
3.4 EFEITOS DA DECISÃO DA ADIN	30
CAPÍTULO IV	
EFICÁCIA TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	33
4.1 EFEITO <i>EX TUNC</i>	33
4.2 EFEITO <i>EX NUNC</i>	35
4.3 FIXAÇÃO DE TERMO DIVERSO: DATA INTERMEDIÁRIA E PRO FUTURO	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

RESUMO

O presente trabalho trata do controle da constitucionalidade no Brasil, focando a fiscalização abstrata da constitucionalidade pela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Contudo, não analisa a inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista a pequena incidência de efeitos retroativos das decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Ademais, seria necessário enfoque na feição política das decisões do Supremo, saindo do tema principal deste trabalho.

Com os avanços do direito constitucional no século passado, não só no Brasil, mas em todo o mundo, foram criadas diversas construções doutrinárias acerca do controle de constitucionalidade. Com elas, o debate acerca dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade tornou-se de grande relevância, possibilitando a adoção pelo sistema constitucional brasileiro de opções diferenciadas (singularidades) do restante do mundo.

O auge dessa evolução foi a promulgação da Lei nº 9.868/99, a qual trata especificamente da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, seus procedimentos, efeitos, legitimados, sem escapar completamente do que a doutrina brasileira vinha construindo e absorvendo da experiência de outros países.

A regra geral dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade, qual seja, a da aplicação de efeitos retrospectivos, nem sempre pode ser a mais adequada para o caso concreto. Dessa forma, a previsão legal de uma eficácia temporal diversa da empregada pelo Supremo Tribunal Federal como regra geral, ainda que necessitando de quórum especial, torna possível a diminuição dos efeitos nocivos que a decisão poderia trazer à realidade fática.

Portanto, ao analisar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, buscou-se entender e aperfeiçoar os efeitos práticos que a ação direta de inconstitucionalidade pode revelar aos juristas e à toda coletividade brasileira, sendo esse o principal meio metodológico deste trabalho.

INTRODUÇÃO

A proteção da Constituição, através da declaração de inconstitucionalidade das leis ordinárias que não estejam obedecendo as normas fundamentais descritas na Carta Maior, é uma das garantias de manter o Estado Democrático de Direito.

Para o Direito, o princípio da supremacia constitucional autoriza, através de previsão expressa na Constituição, revogar uma lei mediante processo especial, e não somente através de outra lei, utilizando-se do princípio *lex posteriori derogat priori*.

Com efeito, a fiscalização abstrata no Brasil iniciou-se com a ação direta genérica de inconstitucionalidade, procedimento adotado com a Emenda Constitucional 16/65, que na época era chamada de representação de inconstitucionalidade.

Atualmente, o controle abstrato da constitucionalidade vem tomando importante papel no Brasil, apresentando-se com maior intensidade que o controle difuso e incidental. Mesmo não possuindo um Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e é ele quem deve julgar as ações que suscitam o conflito entre leis ou atos normativos federais ou estaduais que contrariem a Carta Maior.

No tocante aos efeitos da decisão que declara inconstitucional uma norma, a importância do tema se revela devido a eficácia *erga omnes*, ou seja, todos são afetados por tais decisões, possibilitando a revogação de atos já praticados no período em que a lei ainda figurava como válida.

A Lei nº 9.868/1999 garante ao Supremo Tribunal Federal, a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, possibilitando, dessa forma, analisar e balancear entre os princípios constitucionais para o caso a ser julgado, além de permitir, através de quorum especial, escolher quais serão os efeitos produzidos pela decisão.

Duas são as correntes doutrinárias que investigam a eficácia da declaração de inconstitucionalidade e são elas que influenciam a jurisprudência da Suprema Corte.

Pela análise de diversos conceitos e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se buscará incrementar ainda mais os debates a respeito dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade.

CAPÍTULO I

CONSTITUIÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE

1.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Para adentrar no estudo constitucional, deve-se, primeiramente, buscar um conceito jurídico de Constituição, tendo com ele, toda a base para o estudo a ser feito.

A palavra Constituição pode possuir diversos significados, contudo, para o Direito Constitucional, algumas de suas acepções podem não ser úteis para o operador do direito.

Dessa forma, o conceito de Constituição é analisado por vários estudiosos do Direito Constitucional, o que contribuiu para a criação de importantes definições para este estudo.

Conforme leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.”¹.

Já ALEXANDRE DE MORAIS entende que:

“Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos,

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.

forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.”².

Tem-se, portanto, que a Constituição é uma lei fundamental, de hierarquia superior, devendo ela ser respeitada, pois é essa Lei Maior que legitima todas as demais.

Para ilustrar tal idéia, HANS KELSEN utilizou-se da figura geométrica da pirâmide, demonstrando no topo, o lugar da Constituição e, conseqüentemente, toda a escala das demais normas do sistema abaixo dela. Para ele “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa.”³.

Mediante a utilização de tal conceito, nota-se que a Constituição é o elo unificador de todo o sistema normativo do Estado, restando ela como símbolo da unicidade e fundamento único para as demais leis.

Contudo, como alerta o professor da UFPR, Dr. CLÉMERSON MERLIN CLEVE, a teoria pura do direito defendida por KELSEN, deve ser estudada com algumas ressalvas, uma vez que:

“A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material.”

Continua o professor:

37/38.

² MORAES; Alexandre de, Direito Constitucional. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 38

³ KELSEN, HANS. Teoria pura do direito. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 269

"A baixa densidade normativa da Constituição e a alta abstração de seus comandos constituem meios adequados para garantir a constante evolução de seu significado e o ajustamento de seu sentido às exigências da realidade sem a necessidade de se convocar a todo instante a manifestação do Poder Constituinte Derivado."⁴

É a partir dessa idéia de Constituição justa, equilibrada com a realidade do Estado e de seus cidadãos, informando valores e princípios adequados com o Estado Democrático de Direito que analisaremos do que se trata a norma inconstitucional, os métodos de controle da constitucionalidade, adentrando na ação direta de inconstitucionalidade e seus efeitos, mas não de forma a exaurir todo o tema.

1.2 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

A classificação das Constituições não é uniforme na doutrina.

Na tabela a seguir, está identificada a classificação feita por JOSÉ AFONSO DA SILVA⁵, a qual será utilizada como fundamento para este capítulo.

1. quanto ao conteúdo	a) materiais b) formais
2. quanto à forma	a) escritas b) não escritas
3. quanto ao modo de elaboração	a) dogmáticas b) históricas
4. quanto à origem	a) populares ou democráticas b) outorgadas
5. quanto à estabilidade	a) rígidas b) flexíveis c) semi-rígidas

As Constituições materiais podem ser concebidas em sentido amplo ou restrito. Em sentido amplo, a Constituição "identifica-se a organização total do Estado, com regime político" e em sentido restrito "designa as normas constitucionais

⁴ CLEVE, Clémerson Merlin., *A fiscalização abstrata da constitucionalidade*. P. 25-26

⁵ SILVA, José Afonso da. *Obra Citada*, p. 40

escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais.”⁶

Para PAULO BONAVIDES, conceito material de Constituição “diz respeito ao conteúdo, mas tão somente ao conteúdo das determinações *mais importantes*, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria constitucional”⁷.

Já as Constituições formais seriam aquelas que tratam do modo de existir do Estado, devendo ser obrigatoriamente escritas, sendo estabelecidas pelo poder constituinte e somente alterável mediante processos e formalidades especiais estabelecidos na própria Constituição.

O conceito formal para BONAVIDES seria “essa forma difícil de reformar a Constituição ou de elaborar um lei constitucional”⁸.

As escritas seriam aquelas que estariam codificadas em um texto único e solene, abarcando todas as normas fundamentais ao Estado, como estrutura, organização dos poderes, modos de exercício dos poderes e limites de atuação. E as não escritas seriam justamente o oposto, não constando de um documento escrito, mas sendo baseadas nos costumes, jurisprudência e em textos esparsos.

Juntamente com os conceitos de Constituição escrita ou não escrita, estão os conceitos de dogmáticas ou históricas. As dogmáticas são sempre escritas, formuladas por um poder constituinte e as históricas são as não escritas, produzidas lentamente pelos costumes, tradições e fatos sócio-políticos traduzidos nas normas fundamentais da organização do Estado.

As populares ou democráticas são aquelas produzidas pelos representantes do povo, eleitos para um órgão constituinte que deve elaborar e estabelecer a Constituição. Já as outorgadas, são aquelas produzidas e outorgadas sem a participação povo, outorgada e imposta pelo Rei, Ditador, Presidente ou qualquer outra instituição derivada do governante.

A Constituição rígida é aquela que somente pode ser alterada por processos, formalidades, solenidades especiais, sendo estas de maior grau de dificuldade para serem completadas que das leis ordinárias ou complementares. A

⁶ *Idem. Ob cit. p. 40*

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. p. 64

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 65

flexível é aquela que pode ser alterada da mesma forma que as leis ordinárias. A semi-rígida possui parte de seu texto rígido e parte flexível, tendo como exemplo a Constituição do Império do Brasil.

Portanto, de acordo com essa classificação, a Constituição brasileira é classificada como: formal, escrita, dogmática, democrática e rígida.

Tal classificação é relevante para o tema a ser estudado, tendo em vista que, para haver uma fiscalização da constitucionalidade, são necessários três pressupostos, mencionados por CELSO RIBEIRO BASTOS⁹: a) existência de uma Constituição formal; b) Constituição rígida e supremacia constitucional; c) necessidade de pelo menos um órgão dotado de competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis.

É óbvio, portanto, que no Brasil existe a fiscalização da constitucionalidade, pois existentes os três pressupostos supracitados. Senão, vejamos:

a) A Constituição brasileira foi obra de um processo de elaboração por um órgão dotado de poder constituinte, onde construiu um documento formal, escrito, através do uso expresso e imediato da razão, não sendo construída lentamente e de forma histórica.

b) A Constituição brasileira é a Lei fundamental, pois há rigidez para as suas mudanças, possuindo distinção entre o processo legislativo das leis ordinárias e das leis constitucionais, havendo, também, noção da superioridade e necessidade de proteção de seus princípios e preceitos.

c) A Constituição atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para fiscalizar a constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, de acordo com o art. 102. Diz o referido artigo:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...)”¹⁰.

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 51.

¹⁰ Constituição Federal.

1.3 CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Tendo em vista a supremacia da Constituição, ou seja, a necessidade de que toda a norma presente no ordenamento jurídico respeite a lei fundamental, seus princípios e preceitos, além de buscar sua validade na mesma, originando uma unicidade do sistema em torno da Lei Maior, poderá ocorrer que as normas inferiores sejam contrárias a ela, desrespeitando o princípio da supremacia, ocorrendo o que se chama de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade, portanto, é derivada do conflito de normas ou atos administrativos ou legislativos que contrariem a Constituição ou seus princípios, ocorrendo através de ação ou omissão. Contudo, os conceitos de ação ou omissão somente se perfectibilizam ao se relacionarem aos órgãos do poder.

Conforme leciona JORGE MIRANDA:

“Não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos e liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas, e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Estas violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado”¹¹

Porém, como ressalta MARCELO NEVES, a inconstitucionalidade não advém somente de norma contrária ao texto da Constituição, a qual caracterizaria a inconstitucionalidade material, que será melhor analisada à frente. Ela também pode ser resultado da não observância do procedimento de elaboração das leis.

“A inconstitucionalidade formal não resulta de contradição ou contrariedade, no sentido lógico dos termos, entre lei e Constituição. A incompatibilidade normativa, nesta hipótese, decorre da inadequação ou desconformidade do procedimento efetivo de

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra ed., 1985. p. 274

elaboração legislativa (plano do ser) ao conteúdo de norma constitucional prescritiva do processo legislativo (plano do dever ser)¹².

Portanto, se faz necessário classificar os tipos de inconstitucionalidade e elucidá-los, para se adiantar no tema.

A inconstitucionalidade pode ocorrer de duas maneiras: por ação e por omissão. A inconstitucionalidade por ação é aquela oriunda de qualquer ato que viole os dispositivos constitucionais, gerando uma inconstitucionalidade vertical (derivada de uma norma de hierarquia inferior incompatível com a norma superior), podendo ela ser formal ou material.

A inconstitucionalidade formal é aquela que resulta da não observância do devido processo para a elaboração da lei ou pela criação por autoridade incompetente para isso, desrespeitando a Constituição.

Já a inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo material da lei ou do ato contraria o disposto na Constituição.

O jurista lusitano JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, entende que ao reconhecer a inconstitucionalidade formal "viciado seria o ato nos seus pressupostos, processo de formação e na sua forma final". E no caso da inconstitucionalidade material "viciadas são as disposições ou normas singularmente consideradas"¹³.

Já a inconstitucionalidade por omissão é verificada quando, para que as normas constitucionais sejam efetivamente aplicadas, são necessárias providências posteriores por qualquer um dos Poderes do Estado.

CANOTILHO, ao escrever sobre o tema, descreve que:

O "conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de não negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão constitucional"¹⁴.

¹² NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 74

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1980, p. 448

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*. p. 1.100

As normas conceituadas como programáticas por necessitarem de ulteriores medidas pelo Poder Público, que não eram respeitadas pelos órgãos legislativos, passaram a ter vários métodos de efetivação.

Como ensina o professor CLÉMERSON MERLIN CLEVE:

“Aliás, o direito constitucional contemporâneo vem buscando oferecer uma série de remédios para afastar a inércia do Poder Público e especialmente o silêncio legislativo inconstitucional. É o caso da iniciativa legislativa popular, de outras técnicas derivadas do modelo de democracia participativa, do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, no Brasil”¹⁵

Também podemos observar outros tipos de inconstitucionalidades, como a inconstitucionalidade total ou parcial, a inconstitucionalidade originária ou superveniente, a inconstitucionalidade antecedente ou conseqüente e a inconstitucionalidade direta ou indireta.

Seguindo os ensinamentos do professor CLÉMERSON MERLIN CLEVE, estudaremos esses tipos de inconstitucionalidades.

“A inconstitucionalidade será total ou parcial conforme esteja a contaminar todo o ato ou a incidir apenas sobre parcela dele. (...) Ou seja, os atos normativos, para efeito de fiscalização de constitucionalidade, podem sofrer parcelamento.”¹⁶

O constitucionalista, ao mencionar a inconstitucionalidade originária e superveniente explica:

“a inconstitucionalidade é originária quando, durante a vigência de uma norma constitucional, o órgão legislativo emana um ato que a viole. Superveniente é a inconstitucionalidade que se manifesta num momento posterior: um ato sendo constitucional no momento de sua edição, deixa de sê-lo em virtude de reforma constitucional, diante de renovada interpretação do dispositivo constitucional, ou, ainda, em decorrência de mudança nas circunstâncias fáticas.”¹⁷

¹⁵ CLEVE, Clémerson M. *Obra Citada*, p. 52.

¹⁶ CLEVE, Clémerson M. *Idem*, p. 48

¹⁷ CLEVE, Clémerson M. *Idem*, p. 54

Já a inconstitucionalidade conseqüente decorre “de um efeito reflexo da inconstitucionalidade antecedente ou imediata.”¹⁸, ou seja, uma norma que possui relação de dependência com outra norma, também será inconstitucional quando esta última for declarada inconstitucional. A norma dependente terá inconstitucionalidade derivada ou conseqüente e a outra norma possuirá inconstitucionalidade imediata ou antecedente.

E a inconstitucionalidade é classificada como direta quando violar uma norma expressa da Constituição, sendo indireta quando violar um preceito ou princípio (norma implícita).

CAPÍTULO II

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁹, são três os sistemas de controle da constitucionalidade: político, jurisdicional e misto.

O sistema político, adotado nos países europeus durante o século passado ou na França nos dias de hoje, funciona através do controle da constitucionalidade pelo próprio Poder Legislativo ou através de um órgão especial. Seria um controle preventivo da constitucionalidade. Na França, o órgão de controle é o *Conseil Constitutionnel*, de acordo com os artigos 56 a 63 da Constituição Francesa de 1958.

A adoção deste sistema de controle se deu na França devido a motivos históricos, políticos e ideológicos.

Ao relembrar alguns motivos históricos, MAURO CAPPELLETTI afirma:

“(...) a permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à revolução, os juízes franceses muito freqüentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com conseqüências que, se, às vezes, podiam, também,

¹⁸ CLEVE, Clémerson M. *Idem*, p. 56

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Obra citada*. P. 49

representar um salutar antídoto contra as tendências absolutistas da monarquia, mais amiudadamente tinham, antes, o sabor do arbitrio ou do abuso.”²⁰

CAPPELLETTI também ensina que “Às razões históricas da solução tradicionalmente adotada na França acrescentam-se às razões ideológicas, de resto, estreitamente ligadas às primeiras.”²¹

Alguns exemplos de razões ideológicas seriam as idéias de Montesquieu e a doutrina da separação dos poderes, sendo que na França, tal doutrina foi utilizada para evitar qualquer intervenção dos juizes na esfera do legislativo.

Já o sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade subdivide-se em difuso e concentrado, tendo como exemplos, o modelo americano e o modelo austríaco, respectivamente.

O sistema praticado pelos Estados Unidos, onde o controle é judicial e difuso, é conhecido como *judicial review*. Tal modelo, que após foi adotado também por outros países, inclusive o Brasil, utiliza o Poder Judiciário para efetuar o controle da constitucionalidade, mas, diferentemente do controle concentrado como será visto a seguir.

O sistema americano de controle da constitucionalidade é de competência do judiciário (controle jurisdicional), sendo exercido de maneira difusa, ou seja, qualquer juiz pode declarar nulos os atos ou as leis que disponham contrariamente à Constituição.

Ou seja, ao analisar o caso concreto, o juiz analisa a lei e, caso ela seja contrária a Constituição, será ela declarada inconstitucional, devendo ser aplicada a norma constitucional.

O direito constitucional americano adotou o *judicial review* no ano de 1803, mediante a decisão do *Chief Justice Marshall*, no caso *William Marbury v. James Madison*.

PAULO BONAVIDES, ao comentar o entendimento do Juiz americano, afirma: “Sustentava ele então a irrefutável tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária, ao declarar, na espécie julgada, que todo o ato do Congresso

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Idem*. p. 96

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado p. 97

contrário à Constituição federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz (“null and void and of no effect”).”²²

De uma maneira geral, o sistema americano de controle da constitucionalidade passa a idéia que “todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento”²³.

Entretanto, mesmo sendo um controle difuso, é a Suprema Corte, órgão máximo do Poder Judiciário americano, que possui maior importância na área constitucional. Suas decisões possuem efeito vinculante, ficando responsável pelas decisões finais a respeito das mais diversas questões constitucionais.

Com isso, após um julgamento da Corte Suprema onde uma lei é declarada inconstitucional, tal decisão produz efeito vinculante a todos os demais órgãos judiciais, não podendo mais ser aplicada, tornando-se uma lei morta, mesmo que ainda permaneça positivada.

Outro sistema de controle judicial da constitucionalidade é o modelo austríaco.

Como lembraram IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES²⁴, citando KELSEN²⁵, este sistema traz uma nova concepção acerca do controle da constitucionalidade, pois “outorgou-se ao Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) a competência para dirimir as questões constitucionais, mediante requerimento especial (*Antrag*), formulado pelo Governo Federal (*Bundesregierung*), com referência a leis estaduais, ou pelos Governos estaduais (*Landesregierungen*), no tocante às leis federais (art. 140, par. 1º)”.

Dessa forma, o Tribunal possuía competência para julgar questão constitucional pendente de um processo ainda em andamento. Após alguns anos, em 1929, foi introduzido o controle direto do Tribunal para julgar outros processos com pendência em outros Tribunais ou juízos. Possuíam legitimidade para acionar o Tribunal Constitucional o Tribunal Superior e a Corte Administrativa.

²² BONAVIDES, Paulo. *Obra Citada*. p. 281

²³ CAPPELLETTI, Mauro. *Obra citada*. p. 76/77.

²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 7/8.

²⁵ KELSEN, Hans. *La giurisdizione costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale secondo la nuova costituzione austriaca Del 10 ottobre 1920*, in *La giustizia costituzionale*, cit., p. 22-3.

Contudo, tais mudanças formuladas por KELSEN tiveram críticas, como a feita por CAPPELETTI, onde afirmava que a pequena legitimidade, exclusiva dos dois órgãos supracitados, não é suficiente, uma vez que “Todos os outros juízes devem, irremediavelmente, aplicar as leis aos casos concretos submetidos a seu julgamento, sem a possibilidade de abster-se da aplicação tampouco daquelas leis que sejam por eles consideradas manifestamente ou macroscopicamente inconstitucionais;”²⁶

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, o outro sistema de controle da constitucionalidade é o controle misto, onde há uma divisão do controle da constitucionalidade das leis. Este sistema ocorre, por exemplo na Suíça, “onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.”²⁷

Todavia, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES também identificam outro sistema de controle da constitucionalidade: o alemão.

O modelo alemão possui muitas semelhanças com o modelo austríaco, entretanto, com algumas modificações. Uma delas, e principal, é a consagração do controle concreto das normas. MARTINS e MENDES explicam que “quando um Tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do Tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da Constituição de um Estado, ou à do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar de violação desta Lei Fundamental (Lei Fundamental, art. 100, par. 1º).”²⁸

Já o professor da UFPR CLÉMERSON MERLIN CLEVE anota que muitos países adotaram o modelo austríaco de jurisdição constitucional concentrada, e por isso “devem ser compreendidos também à luz de suas especificidades.”²⁹

Com efeito, estudar todas as peculiaridades de cada modelo de controle da constitucionalidade, iria além do objetivo deste trabalho.

²⁶ CAPPELETTI, Mauro, *Obra Citada*, p. 108

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Obra Citada*. P. 49.

²⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Obra Citada*, p.14/15

²⁹ CLEVE, Clémerson M. *Obra Citada*, p. 69

2.2 SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade mudou consideravelmente após a Constituição de 1988, onde as mudanças no sistema concentrado de controle foram maiores, ou com a ampliação dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, ou pela criação de novos instrumentos de controle, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo. Com tais mudanças, torna-se inquestionável a predominância do controle concentrado no nosso atual sistema.

Mas para podermos analisar a atual conjuntura do controle concentrado, deve-se fazer, primeiramente, um breve apanhado histórico do controle da constitucionalidade no Brasil nas suas antigas Constituições.

A Constituição de 1824 não enfrentou o problema da jurisdição constitucional, pois cabia ao Poder Legislativo fazer, interpretar, suspender e revogar as leis. Ademais, essa Constituição também tratava sobre o Poder Moderador, o qual era o Poder superior a todos, o chefe supremo da nação que mantinha os outros Poderes em harmonia, equilíbrio e independência.

Na Constituição de 1891, com a adoção do sistema Republicano e sofrendo grandes influências do sistema constitucional norte-americano, foi alterada a competência do controle da constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário, consolidando, então, o controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Com a Constituição de 1934 foram introduzidas grandes alterações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Uma delas, como menciona MARTINS e MENDES, foi que “o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais”, evitando, assim, a “insegurança jurídica decorrente das flutuações de entendimento dos tribunais”³⁰.

Outra relevante alteração foi a outorga de competência ao Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato,

³⁰ MARTINS, Ives G. da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Obra Citada*, p. 23

deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”³¹.

E também nessa Constituição foi criada a representação interventiva, onde o Procurador-Geral da República era o responsável para questionar ao Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade de lei interventiva, de iniciativa do Senado.

A Constituição de 1937, no tocante ao controle de constitucionalidade, para CLEVE, “manteve, em princípio, o modelo instaurado em 1891”³². Todavia, não manteve as modificações da Constituição de 1934 (somente a necessidade de maioria absoluta dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade) e, ainda, tentou atenuar a supremacia do Poder Judiciário através da possibilidade do Presidente da República submeter a lei declarada inconstitucional ao exame, novamente, pelo Parlamento. Se houvesse confirmação por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, a decisão do tribunal que declarou a inconstitucionalidade tornar-se-ia ineficaz.

Já com a Constituição de 1946, o Brasil reencontra-se com a democracia, voltando ao sistema constitucional do controle difuso (*judicial review*), retornando às modificações da Constituição de 1934. Somente alterou-se parte do procedimento da representação interventiva e, como ensina o professor CLÉMERSON CLEVE, “o Procurador-Geral da República submeteria ao exame Supremo Tribunal Federal o ato argüido inconstitucional, em virtude de petição de terceiro, com o seu pronunciamento, pró ou contra; e se aquele órgão judicante declarasse a inconstitucionalidade do ato impugnado, o Congresso Nacional decretaria a intervenção federal.”³³.

Após essa fase, sobreveio a Emenda Constitucional 16/65, onde restou instituído, juntamente com a intervenção federal, o controle abstrato de normas federais e estaduais, pois dispôs a competência do Supremo Tribunal Federal em “julgar e processar originariamente a representação contra inconstitucionalidade de

³¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. P. 170

³² CLEVE, Clémerson Merlin. *Obra Citada*, p. 86

³³ Idem. *Obra citada*, p. 88

lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.”³⁴

Não houveram mudanças significativas no advento da Constituição de 1967/69, restando pequenas alterações na representação interventiva e na representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual.

Já a Constituição de 1988, manteve o controle de constitucionalidade por via incidental (difuso), previsto no art. 102, III, *a, b e c*, além do controle por via direta (via de ação) conforme preceitua o art. 102, I, *a*.

REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI aponta inicialmente³⁵, duas principais inovações advindas com a Constituição de 1988, além do aumento dos legitimados para propor a ADIN:

“1. a aceitação pela nova Lei Fundamental de que sua violação pode advir de uma ação nos casos já citados, ou de omissão (...) 2. a possibilidade de os Estados-membros da Federação brasileira instituírem a declaração de inconstitucionalidade em tese, mediante representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125).”³⁶

Para o professor CLÉMERSON, foram criadas outras alterações importantes, entre elas: a instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção; a exigência da defesa do ato impugnado nas ações diretas de inconstitucionalidade pelo Advogado-Geral da União, além da manifestação do Procurador-Geral da República; supressão da competência do Supremo Tribunal Federal em julgar as representações para fins de interpretação; previu a criação da ação de descumprimento de preceito fundamental; e o Recurso Extraordinário somente é processado quando se discute questões constitucionais.³⁷

Mediante a análise das alterações trazidas pelo constituinte de 1988, nota-se que a ampliação do rol dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade alterou substancialmente o norte do controle constitucional

³⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Obra citada*, p. 99

³⁵ As duas principais inovações mencionadas, não são as únicas analisadas na obra.

³⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Obra citada*, p. 102

³⁷ CLEVE, Clémerson M. *Obra citada*, p. 90

brasileiro. Antes, o controle difuso era o modelo mais utilizado e, agora, o controle abstrato de constitucionalidade passou a ter uma ênfase maior para o direito constitucional brasileiro.

Conseqüentemente, o Supremo Tribunal Federal se tornou o responsável para julgar um número muito maior de processos acerca da constitucionalidade das leis e de atos normativos e, por isso, o estudo da jurisprudência desse Tribunal superior é demais importante para observar qual o rumo que está sendo tomado no controle abstrato das leis do nosso país.

Resumindo as características do controle de constitucionalidade no Brasil, JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina:

“Em suma, à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por via de ação direta de inconstitucionalidade e ainda a referida ação declaratória de constitucionalidade.”³⁸

2.3 NULIDADE OU ANULABILIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE AÇÃO

A nulidade ou anulabilidade da lei declarada inconstitucional é motivo de grandes divergências na doutrina e na jurisprudência brasileira. Essa questão é relativamente importante para possibilitar uma análise mais profunda acerca dos efeitos da decisão da ação direta de inconstitucionalidade e, por isso, será analisada neste trabalho.

Segundo ALEXANDRE DE MORAES, “a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos (...)”³⁹.

Este entendimento é o mesmo de diversos outros doutrinadores brasileiros, e tem como fundamento a tese de que a lei inconstitucional seria nula *ab*

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Obra citada*, p. 51

³⁹ MORAES, Alexandre de. *Obra citada*, p. 646

initio, ou seja, a lei inconstitucional não é lei (obedecendo o princípio americano “*an unconstitutional act is not a law*”, presente no controle difuso de constitucionalidade), não produz quaisquer efeitos, é como se nunca tivesse existido.

A nulidade da lei inconstitucional alcança a lei desde o nascedouro. Nas palavras de ALFREDO BUZAID: “A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade.”⁴⁰.

De acordo com este entendimento, o confronto entre a lei ordinária inconstitucional e a Constituição é resolvido pelo princípio da supremacia desta última.

Com efeito, a natureza da decisão somente pode ser declaratória, retroagindo todos os seus efeitos. Segundo RONALDO POLETI, como consequência da declaração da inconstitucionalidade, a lei “não se torna inválida, porque o Judiciário assim declarou, mas assim é declarada porque é radicalmente nula. Cumpre fazer com que os efeitos eventualmente produzidos sejam apagados”⁴¹.

Para PALU “a decisão de inconstitucionalidade tem natureza desconstitutiva, ou constitutivo-negativa”⁴². Com o mesmo pensamento, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO⁴³.

Já a doutrina minoritária defende que a lei declarada inconstitucional é somente anulável, produzindo os efeitos até a decisão que julga inconstitucional a norma. Temos como referência para este entendimento os autores JOSÉ AFONSO DA SILVA, REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI e o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal LEITÃO DE ABREU.

Nesta corrente doutrinária, a regra geral da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade pode ser moderada, desde que, segundo o ex-Ministro LEITÃO DE ABREU, houvesse uma “situação jurídica formalmente constituída, com base em ato praticado de boa-fé, sob lei que só posteriormente se declarou inconstitucional.”⁴⁴.

⁴⁰ BUZAID, Alfredo. *Obra citada*, p. 128

⁴¹ POLETI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 120

⁴² Idem. *Ibidem*. p. 166

⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle da constitucionalidade*, cit., RDA 220/1-17.

⁴⁴ Ministro Leitão de Abreu, RTJ 97-1369.

É de suma importância ressaltar a previsão legal para fundamentar tal entendimento. A Lei nº 9.868/99, em seu artigo 27, dispõe:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Este dispositivo possibilita ao Supremo Tribunal Federal não seguir, necessariamente, a regra geral de efeitos *ex tunc* da decisão, podendo limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou, ainda, determinar em que momento a declaração produzirá seus efeitos, mas sempre respeitando os requisitos formal (decisão por maioria de dois terços) e material (razão de segurança jurídica ou excepcional interesse social).

Mencionando o direito comparado, PAULO BONAVIDES analisa:

“(…) a tese tradicional de que as normas jurídicas inconstitucionais têm desde o princípio (*ex tunc*) uma nulidade *ipso iure*, há sido, de último, alvo de redobrados ataques, (...). Em verdade, já deixou ele de prevalecer em alguns acórdãos da Corte de Karlsruhe, onde se observam manifestas tendências para um desvio de rumo quanto à nulidade *ipso iure* das normas jurídicas inconstitucionais. Chega aquele Tribunal a admitir que os efeitos da invalidade podem padecer limitações no interesse da segurança jurídica.”⁴⁵

Portanto, a legislação supracitada convencionou quatro tipos de efeitos para a ação direta de inconstitucionalidade: a) os efeitos retroagem (eficácia *ex tunc*); b) os efeitos não retroagem (eficácia *ex nunc*); c) eficácia a partir de data diversa da edição da norma e do trânsito em julgado; d) eficácia determinada em data futura, determinada na decisão.

Contudo, os efeitos serão analisados com maior precisão no último capítulo deste trabalho.

CAPÍTULO III

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

3.1 COMPETÊNCIA, NATUREZA E FINALIDADE

A competência para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade está prevista no art. 102, I, a, da Constituição Federal. Dispõe o citado artigo:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”⁴⁶

Portanto, compete ao nosso maior órgão jurisdicional o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

Já os atos municipais que ferirem a Constituição Estadual serão impugnados perante o Tribunal de Justiça do Estado, bem como os atos estaduais que também sejam contrários a um dispositivo constitucional estadual.

A natureza da ação direta é de ação, pois como ensina o professor CLÉMERTON CLEVE, trata-se de um “meio especial de provocação da jurisdição constitucional”⁴⁷.

Todavia, o ex-Ministro ALIOMAR BALEEIRO possui entendimento diverso, não definindo a ação direta como ação, mas sim, como uma instituição de caráter político.

A ação direta de inconstitucionalidade inaugura um processo objetivo, ou seja, um processo que se inicia mediante provocação da jurisdição, contudo, não há direito subjetivo a ser protegido, não há lide, nem mesmo uma pretensão resistida.

O que buscam os legitimados ao propor ação direta de inconstitucionalidade é, basicamente, “a defesa da ordem constitucional objetiva”⁴⁸.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 307.

⁴⁶ Constituição Federal

⁴⁷ CLEVE, Clémerson M. Obra citada, p. 141/142.

GILMAR FERREIRA MENDES também possui o mesmo entendimento, afirmando ser um processo objetivo, sem partes e que se destina exclusivamente à defesa da ordem constitucional.⁴⁹

REGINA FERRARI concluiu:

“Certo é que tal tipo de ação não cuida do julgamento de uma relação concreta, mas da validade de uma lei em tese, onde não existe o contraditório clássico, onde as partes litigam por seus direitos subjetivos; porém, pode-se aqui, também, falar em legitimidade ativa e passiva, embora com certa dose de cautela, pois não é proposta contra alguém, ou contra determinado órgão, mas face a um ato normativo, tido por violador da Constituição.”⁵⁰

O Supremo Tribunal Federal também possui essa linha de pensamento e, devido a isso, ele também adota o posicionamento da Corte Constitucional alemã a qual defende que uma vez proposta a ação direta, não será possível ao autor desistir dela.

Com efeito, a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é a de proteger a Constituição, a de expurgar do ordenamento jurídico as normas que contrariem a Constituição, enfim, a proteção do ordenamento constitucional.

3.2 LEGITIMIDADE

Com a Constituição de 1988, o número de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade aumentou consideravelmente. Antes, somente o Procurador-Geral da República possuía legitimidade para ajuizar a ação. Agora, os legitimados para propor a ação (legitimidade ativa) estão previstos no art. 103 da Constituição Federal. Dispõe o referido artigo:

“Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;

⁴⁸ *Idem. Ibidem* p. 142

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle da Constitucionalidade: -aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 250

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

Essa norma constitucional foi copiada no art. 2º da Lei 9.868/99 (lei da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade).

O aumento do número de ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal é consequência lógica desse aumento da legitimidade ativa.

Entretanto, como bem menciona o professor CLÉMERSON CLEVE, não existem partes no processo objetivo que litigam por interesses subjetivos, existem somente partes formais. Explica o professor:

“Embora seja possível falar-se em legitimidade ativa e passiva, é preciso fazer uso dessas categorias processuais com certa dose de reserva. É que a ação direta de inconstitucionalidade jamais será proposta *contra* alguém ou determinado órgão, mas sim *em face de* um ato normativo apontado como ilegítimo do ponto de vista constitucional.”⁵¹

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de diminuir a quantidade de ações diretas, possui o entendimento que para alguns legitimados, é necessário demonstrar que, além do interesse de preservar a ordem jurídica constitucional, a lei objeto da ação direta de inconstitucionalidade deve afetar diretamente ao legitimado. Dessa forma, por exemplo, a entidade sindical deve demonstrar que a lei impugnada afeta diretamente o interesse dos seus afiliados.

Para ilustrar essa idéia, alguns acórdãos da Corte Maior:

“Já firmou esta Corte o entendimento que, das entidades sindicais, apenas as confederações sindicais (art. 103, IX, da CF) têm legitimidade para propor ação direta

⁵⁰ FERRARI, Regina M. M. N. Obra citada, p. 222

de inconstitucionalidade. Por outro lado, foi recebido pela Carta Magna vigente o art. 535 da CLT, que dispõe sobre a estrutura das confederações sindicais, exigindo, inclusive, que se organizem com no mínimo de três federações⁵²

“Ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar. Lei nº 2.080, de 13 de janeiro de 2000, do Estado de Mato Grosso do Sul. Ilegitimidade ativa. - Sendo a requerente uma associação híbrida que congrega pessoas jurídicas e pessoas físicas de categorias diversas, não é ela entidade de classe, como tem entendido esta Corte, a título exemplificativo, no agravo regimental na ADIN 1.631 e na ADIN 23. Falta-lhe, assim, legitimidade para a propositura da presente ação. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.”⁵³

Com relação aos partidos políticos, também mencionados no art. 103 da Constituição, o Supremo também adota certa restrição quanto a sua legitimidade ativa. Já decidiu a Corte Superior:

“Falta de legitimidade ativa ao Diretório Regional ou à Executiva Regional de Partido Político, com representação no Congresso Nacional, para propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. A disposição do inciso VIII do art. 103 da Constituição pressupõe procedimento do Diretório Nacional do partido político, com representação no Congresso Nacional. O órgão regional não representa o partido político, senão nos limites de sua atuação estadual. Ação de que não se conhece, por ilegitimidade ativa da requerente, Executiva Regional do Piauí, de Partido Político. Pedido de cautelar prejudicado.”⁵⁴

É de se ressaltar que figuram muitas divergências dentro do próprio Tribunal quanto a legitimidade ativa, sendo muitos acórdãos não unânimes. Como referência, temos os seguintes processos: ADI 2735 AgR / RJ, ADI 2826 AgR / RJ, ADI 2353 / SE.

Já os legitimados passivos, segundo o professor CLÉMERTON CLEVE são “as autoridades ou os órgãos legislativos responsáveis pela edição do ato

⁵¹ CLEVE, Clémerson M. *Obra citada*, p. 159

⁵² ADIn 505-7, RT 677/240

⁵³ ADIn 2360/MS, Publicação: DJ 02-08-2002 p. 57

⁵⁴ ADIn 610-0, RTJ 138-01

impugnado”. Contudo, o Advogado-Geral da União não é parte, mas sim, “espécie de “curador da norma impugnada””.⁵⁵

3.3 OBJETO DA AÇÃO

Os objetos da ação direta de inconstitucionalidade, segundo a previsão constitucional, são as leis ou atos normativos federal ou estadual. Os atos municipais e estaduais podem ser objeto de ação direta perante o Tribunal de Justiça do Estado do Município quando ferirem dispositivo constitucional estadual.

As emendas constitucionais, as leis delegadas, as medidas provisórias, os regimentos das Casas Legislativas, os regimentos internos dos Tribunais e as convenções coletivas de trabalho podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Já os Tratados Internacionais (menos as normas de aprovação, ratificação e promulgação dos Tratados), os atos normativos estrangeiros, os regulamentos e as sentenças normativas não podem ser alvo da ação direta de inconstitucionalidade.

Os atos de natureza privada não podem ser objeto de ação direta de constitucionalidade, como bem afirma CANOTILHO: “excluem-se do controlo da constitucionalidade as normas de natureza privada (regulamentos de associações, regulamentos de empresa). Se infringirem a Constituição são actos ilícitos, susceptíveis, como tais, de impugnação judicial, mas não de controlo da constitucionalidade.”⁵⁶

O controle abstrato da constitucionalidade no Brasil sempre é repressivo, ou seja, *a posteriori*. Isso que dizer que todos os atos normativos que ainda estão no processo de formação, não sendo atos normativos ainda, não podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Esse é o posicionamento da Corte Suprema, como pode ser visto na decisão da ADIN 466/DF, a qual foi relator o Ministro CELSO DE MELLO:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE

⁵⁵ CLEVE, Clémerson M. *Obra citada*, p. 160

PREVIA CONSULTA PLEBISCITARIA - LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, PAR. 4., IV) - INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO - NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA.

O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou – como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite – o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Ato normativo “*in fieri*”, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo – que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva –, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida a apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional – e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão – que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. – A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em Emendas à Constituição. Estas – que não são normas constitucionais originárias – não são excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade, o Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do Poder Constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do Poder Reformador (CF, art. 60, § 1º.), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune a ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle

⁵⁶ CANOTILHO, José J. G. *Obra citada*. p. 1.013

normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.”⁵⁷

Também não podem ser objeto de controle de constitucionalidade abstrato, segundo a jurisprudência do STF, os atos legislativos que produzem efeitos concretos, pois tendo eles destinatários certos e objeto determinado, não possuem a generalidade abstrata e impessoalidade, características necessárias no processo objetivo de controle de constitucionalidade abstrato.

Os atos normativos revogados também não podem ser objeto da ação direta. O Supremo Tribunal Federal entende que a “revogação superveniente do ato normativo prejudica a ação direta de inconstitucionalidade, independente da existência de efeitos residuais concretos”⁵⁸.

3.4 EFEITOS DA DECISÃO DA ADIN

Com relação ao processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, a decisão produz alguns efeitos. Conforme o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/99, a decisão tem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Todavia, o parágrafo 2º do art. 102 da Constituição afirma que somente as ações declaratórias de constitucionalidade terão a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Essa dualidade de dispositivos cria uma discussão doutrinária relevante que será estudada após vermos o significado destes efeitos.

O efeito vinculante obriga os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo a cumprir com a decisão que julga inconstitucional a norma, não podendo mais ser aplicada. Caso a norma ainda seja aplicada, nas palavras de PALU, “cabará *reclamação* a este (STF) para a garantia da autoridade e da observância de suas decisões contra quem descumpriu o que ficou decidido”⁵⁹

A eficácia para todos (*erga omnes*) é um efeito próprio da jurisdição concentrada, onde os efeitos da decisão são aproveitados por todos. Contudo, como

⁵⁷ ADI 466 / DF – Distrito Federal, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 03/04/1991, publicado no DJ de 10/05/1991.

⁵⁸ ADInQO 1203-7-PI, Rel. Ministro Celso de Mello. BDA 8:493, agosto de 1995.

lembra REGINA FERRARI, a eficácia da decisão se exaure na declaração de que o ato normativo é inconstitucional ou constitucional⁶⁰, podendo ainda o Poder Judiciário, nas suas instâncias inferiores, julgar contrariamente à decisão do STF.

É válido ressaltar a diferenciação entre eficácia e efeitos, feita pela autora supracitada. Eficácia “faz parte do conteúdo da sentença e diz respeito à sua virtualidade de produzir efeitos, e estes, por sua vez, referem-se à realização em concreto do conteúdo da sentença, produzidos quer na esfera normativa, quer no mundo fenomênico”⁶¹.

A discussão doutrinária criada a respeito do efeito vinculante é a seguinte: para alguns autores, somente a ação declaratória de constitucionalidade possui efeito vinculante e, para outros, a ação direta de inconstitucionalidade também possui efeito vinculante.

Para REGINA FERRARI, CLÉMERSON CLEVE, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, somente a ação declaratória de constitucionalidade possui efeito vinculante. Isso porque foi dado tratamento diferenciado entre as duas ações, pois mesmo que a Lei nº 9.868/99 tenha dado para ambas as ações o efeito vinculante, a Constituição faz uma diferenciação entre elas, devendo prevalecer a interpretação segundo a Constituição, cabendo somente ao legislador constituinte, estender o efeito vinculante à ação direta de inconstitucionalidade.

Mas para IVES GANDRA DA SILVA MARTINS ambas as ações possuem efeito vinculante, tendo em vista a natureza dúplice da decisão que julga tais ações. Caso seja julgada procedente a ação declaratória de constitucionalidade ou julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, teremos que a lei foi declarada constitucional e, caso seja julgada improcedente a ação declaratória de constitucionalidade ou procedente a ação direta de inconstitucionalidade, teremos uma lei declarada inconstitucional. Dessa forma, deve-se entender que ambos os efeitos são implícitos à ação direta de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, atualmente, não interpreta restritivamente a Lei nº 9.868/99, impondo o efeito vinculante para ambas as ações mencionadas. Para efeito ilustrativo, alguns julgados da Suprema Corte:

⁵⁹ PALU, Oswaldo L. *Obra citada*. p. 184

⁶⁰ FERRARI, Regina. *Obra citada*. p. 238

⁶¹ *Idem*. *Obra citada*. p. 240

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REAJUSTE DE VENCIMENTOS NO PERCENTUAL DE 11,98%. LAPSO TEMPORAL. ADI N. 1.797. A decisão de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade tem efeito vinculante e *erga omnes*, portanto, em decorrência desse julgamento, ao juízo da execução cumprirá, no ponto, assentar a inexigibilidade do título judicial (CPC, artigo 741, parágrafo único). Agravo regimental a que se nega provimento.”⁶²

“EMENTA: RECLAMAÇÃO - ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RESULTANTE DE JULGAMENTO PROFERIDO EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - INOCORRÊNCIA - SEQÜESTRO DE RENDAS PÚBLICAS LEGITIMAMENTE EFETIVADO (...) RECURSO IMPROVIDO. EFICÁCIA VINCULANTE E FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 28 DA LEI Nº 9.868/99. - As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (“*erga omnes*”) e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em consequência, à necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo. Precedente. (...)”⁶³

“EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em Ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou

⁶² AI 481990 AgR / SP - São Paulo, 1ª Turma, Relator Min. Eros Grau, julgado em 16/12/2004. Publicado no DJU de 08/04/2005.

⁶³ Rcl 2143 AgR / SP - São Paulo, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 12/03/2003, publicado no DJ de 06/06/2003.

ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas Ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa *ad causam* de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido.⁶⁴

CAPÍTULO IV

EFICÁCIA TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

4.1 EFEITO *EX TUNC*

A regra geral para as decisões das ações diretas de inconstitucionalidade é o efeito retroativo da decisão, ou seja, a lei declarada inconstitucional é nula e não chega a produzir nenhum efeito, devendo ser totalmente eliminada do ordenamento jurídico.

A decisão que julga inconstitucional uma determinada lei ou ato normativo, para produzir efeitos retroativos, deve ter natureza declaratória. Tendo em vista que a ação direta é análoga a ação declaratória de constitucionalidade, é totalmente plausível que a decisão da ADIN seja declaratória.

Este é o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, onde as leis inconstitucionais são leis nulas, não podendo produzir qualquer efeito para o ordenamento jurídico.

⁶⁴ Rcl 1880 AgR / SP - São Paulo, Tribunal Pleno, Relator Min. Mauricio Correa, julgado em 07/11/2002, publicado no DJ de 19/03/2004.

Ilustrando essa corrente, temos os seguintes julgados do STF: ADIN 971, ADIN 1.106, ADIN 1.077, entre inúmeros outros.

Este entendimento possui fundamentação na doutrina americana, já analisada no capítulo segundo deste trabalho. Entretanto, até mesmo nos Estados Unidos, país onde a eficácia *ex tunc* dos julgamentos era regra absoluta, também admite-se a limitação deste efeito. Duas dessas técnicas são a *limited prospectivity* e *limited retrospectivity*. OSWALDO LUIZ PALU, ao comentar a técnica do *limited prospectivity*, ensina que “a sentença é aplicável somente aos processos iniciados após a decisão, inclusive afetando o processo que originou a questão”⁶⁵.

O Supremo Tribunal Federal decide, na maioria das ações diretas de inconstitucionalidade procedentes, pela eficácia *ex tunc* da decisão:

“EMENTA: Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei distrital. Iniciativa parlamentar. Servidor público. Polícia militar e corpo de bombeiros militar. Vencimentos. Vantagem funcional pecuniária. “Etapa de alimentação”. Caráter geral. Competência legislativa privativa da União. Matéria de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Ofensa ao art. 21, cc. arts. 32, § 4º, e 144, § 6º, e ao art. 61, § 1º, “a” e “c”, da CF. Ação julgada procedente. É inconstitucional lei distrital que, de iniciativa parlamentar, concede, em caráter geral, aos integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, matriculados em estabelecimento de formação e aperfeiçoamento, vantagem funcional pecuniária.” Observação: Votação: unânime; Resultado: procedente para declarar, com eficácia “*ex tunc*”, a inconstitucionalidade da Lei 1406, de 17.03.1997, do Distrito Federal. Acórdãos citados: ADI-677, ADI-1045-MC (RTJ-153/116), SS-1154-AgR (RTJ-165/500), ADI-1359, ADI-1381-MC (RTJ-187/97), ADI-1475 (RTJ-177/616), ADI-2101-MC (RTJ-173/91), RE-207440, RE-241494.⁶⁶

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. SERVENTIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS: EFETIVAÇÃO DE SUBSTITUTOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 14 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. RECLAMAÇÃO. 1. O art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, em sua redação original, estabelecia: “Fica assegurado aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos”. 2. Esse dispositivo,

⁶⁵ PALU, Oswaldo L. *Obra citada*. p. 173

⁶⁶ ADI 2988 / DF – Distrito Federal, Ação Direta de inconstitucionalidade, Tribunal Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 04/03/2004, publicado no DJ de 23/06/2004.

por votação unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi declarado inconstitucional na ADI nº 363 (DJ 03.05.96, Ementário n.º 1.826-01), "por violar o princípio que exige concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo público, como é o caso do Titular de serventias judiciais" (art. 37, II, da Constituição Federal), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, § 3º). 3. A pretexto de dar cumprimento a essa decisão do S.T.F., que, por ser declaratória e com eficácia "erga omnes", independia de execução, a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, em data de 18.06.1996, promulgou a Emenda nº 10 à Constituição Estadual, com este "Artigo único": "Artigo único - Respeitadas as situações consolidadas, fica suspensa a execução do artigo 14 do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina". 4. Com isso, o que fez a Assembléia Legislativa foi conferir eficácia ao art. 14 do ADCT, em sua redação original, ao menos para amparar as "situações consolidadas" até 18.06.1996, data de sua promulgação. 5. Vale dizer, pretendeu retirar do acórdão do S.T.F., que declarara a inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT, em sua redação original, sua eficácia "ex tunc", para só admiti-la a partir de 18.06.1996. 6. E como se valeu de um outro ato normativo, consubstanciado na referida E.C. nº 10/96, podia ela ser impugnada, mediante nova ADI, como foi, não sendo o caso de se examinar o pedido como Reclamação, prevista nos artigos 156 e seguintes do RISTF, como alvitrado na inicial. 7. Assim, a ação foi corretamente distribuída como ADI e como tal é admitida. 8. Ação Direta julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 10, de 18.06.1996, do Estado de Santa Catarina. 9. Decisão unânime."⁶⁷

Concluindo, os efeitos são *ex tunc* pelo fato de ser a decisão declaratória, pois com ela, a lei é declarada nula, ou seja, inválida desde o seu nascimento (*nati morto*), alcançando, inclusive, os efeitos que chegou a produzir enquanto na sua vigência.

4.2 EFEITO EX NUNC

A primeira exceção para a regra geral é a fixação de efeito *ex nunc* para a decisão declaratória de inconstitucionalidade. Para a fixação do efeito somente a partir do trânsito em julgado, deverá o Tribunal competente observar o disposto no

⁶⁷ ADI 1573 / SC – Santa Catarina, Tribunal Pleno, Relator Min. Sydney Sanches, julgado em 12/02/2003,

art. 27 da Lei 9.868/99, ou seja, por maioria de dois terços de seus membros e por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A eficácia produzida pela decisão, que agora tem natureza constitutiva, somente anula a lei declarada inconstitucional, deixando intactos todos os efeitos produzidos anteriormente à declaração.

No ano de 1965, A Suprema Corte Americana concedeu, pela primeira vez, somente efeitos prospectivos à decisão declaratória de inconstitucionalidade, no caso *Linkletter*.

No caso mencionado, as provas produzidas que haviam condenado o Senhor Linkletter foram julgadas inconstitucionais por não obedecer o “*due process of law*”, devendo o Judiciário, portanto, rever a sua condenação, devido aos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade. Contudo, a Corte Suprema decidiu que a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo, afirmando também que a inadmissão constitucional de certas provas forçaria o Poder Judiciário a rever todas as condenações já em curso. Ou seja, a Suprema Corte decidiria, em face de cada caso concreto, as vantagens e as desvantagens da aplicação retroativa dos efeitos da decisão. Com isso, a decisão da Corte produziu somente efeitos prospectivos, ou seja, *ex nunc*, não sendo necessária a revisão dos julgados de condenação com base no mesmo tipo probatório.

Já na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o precursor da eficácia *ex nunc* foi o então Ministro LEITÃO DE ABREU. Para ele, tendo a lei sido editada regularmente, haveria presunção de constitucionalidade, não sendo a lei nula *ab initio*, mas sim, apenas anulável, como se vê de parte do voto lavrado:

“(…) Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o “*Corpus Júris Secundum*”, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir,

prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.”⁶⁸

Para SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, tendo a lei existido e vigido, ela foi capaz de criar direitos os quais deverão continuar existindo face ao princípio de certeza e estabilidade das relações jurídicas.⁶⁹

EGAS MONIZ DE ARAGÃO também possui o mesmo entendimento, pois a sentença que declara a inconstitucionalidade “tem efeitos a partir da ação em que a sua incompatibilidade é suscitada, e não a contar da data da própria”⁷⁰.

O Supremo Tribunal Federal já julgou da seguinte forma, aplicando a exceção em discussão, antes da promulgação da Constituição da República de 1988:

“EMENTA: REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ESTADUAIS. MEDIDA CAUTELAR. RAZOABILIDADE DA ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE VEDAM A VINCULAÇÃO DE QUALQUER NATUREZA PARA EFEITO DE REMUNERAÇÃO DO PESSOAL DO SERVIÇO PÚBLICO, BEM COMO A REALIZAÇÃO DE DESPESAS QUE EXCEDAM OS CRÉDITOS ORÇAMENTARIOS. IMINENCIA DE REALIZAÇÃO DE DESPESAS DE DIFÍCIL RECUPERAÇÃO, CASO JULGADA PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA, SEM EFEITO RETROATIVO.”⁷¹

À guisa de conclusão, pertinente a seguinte colocação de REGINA FERRARI:

“A lei inconstitucional existiu, validamente, até o momento do pronunciamento da decisão que assim a considera. Dizer que a mesma é simplesmente nula, já que inválida desde o início, como se não tivesse existido, e que tal característica foi apenas constatada através de uma sentença declaratória, é esquecer que toda lei nasce com a

⁶⁸ RE 79343 / BA – Bahia, Segunda Turma, Relator Min. Leitão de Abreu, julgado em 31/05/1977, publicado no DJ de 02/09/1977.

⁶⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O controle da constitucionalidade no sistema luso-brasileiro, Revista Jurídica LEMI, n. 68, p. 19, jul 1973

⁷⁰ ARAGÃO, Egas Moniz de. Poder de iniciativa e inconstitucionalidade da lei, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 64, p. 366, abr/jun 1961.

⁷¹ Rp 1431 MC / SP - SÃO PAULO, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Madeira, julgado em 04/06/1987, publicado no DJ de 24/06/1988.

presunção de validade do mundo jurídico, gera direitos, deveres e efeitos no plano do ser físico, e neste não há ato humano nulo ou anulável, visto que, uma vez praticado, jamais deixará de ter sido, “pois fora do mundo jurídico não há reversibilidade do tempo”⁷².

Entretanto, deve-se ressaltar que esse posicionamento não é regra geral, mas sim, uma exceção. Com isso, pode-se dizer que a decisão que declara inconstitucional lei ou ato normativo pode ter efeitos retroativos, não retroativos, ou conforme será visto em seguida, em data diversa fixada na decisão.

4.3 FIXAÇÃO DE TERMO DIVERSO: DATA INTERMEDIÁRIA E PRO FUTURO

A última parte do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 permite ao Supremo Tribunal Federal a fixação da eficácia da decisão a partir de outro momento que venha a ser fixado na decisão. Este outro momento pode ser data anterior ao trânsito em julgado, mas posterior a edição da norma, ou posterior ao trânsito em julgado da decisão, ou seja, em uma data futura.

Para ocorrer a fixação intermediária, a data do início da eficácia da decisão deve estar entre o dia que entrou em vigor a norma e a data da publicação da decisão, excluindo-se ambos os dias. Caso contrário, os efeitos da decisão tomarão a natureza da eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*.

Exemplo: caso uma lei seja promulgada dia 08/04/1993 e seja declarada inconstitucional por decisão publicada dia 08/04/2001, para que ocorra a fixação intermediária, a decisão deve fixar o termo entre os dias 09/04/1993 e 07/04/2001, para que em pelo menos um dia, a sentença tenha produzido algum efeito.

Já a fixação para data futura diferencia-se da eficácia *ex nunc*, pois o termo inicial para a decisão produzir efeitos é em data posterior ao trânsito em julgado, ou seja, em uma data diversa e posterior à data da publicação da decisão.

⁷² FERRARI, Regina M. M. N. Obra citada. p. 283

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, atendendo aos requisitos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, poderá atrasar a produção dos efeitos da sua decisão que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Para OLAVO ALVES FERREIRA, esse efeito visa impedir que o expurgo da norma inconstitucional gere um "buraco negro" legislativo, que, em certas situações, pode se revelar mais danoso à ordem constitucional do que a manutenção provisória da lei.⁷³

Já OSWALDO LUIZ PALU entende que uma lei infraconstitucional que autoriza o Supremo Tribunal Federal manter a eficácia de uma lei declarada inconstitucional, é também inconstitucional.⁷⁴ Contudo, é necessário discordar deste entendimento.

Ressalta-se que nas pesquisas jurisprudenciais feitas pelo autor do presente trabalho, nenhum acórdão que fixa termo diverso, seja ele pró-futuro ou termo intermediário, foi encontrado.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, ainda que possua legitimidade para fixar data diversa, continua com o entendimento que a regra geral dos efeitos retroativos da decisão que julga a ação direta de inconstitucionalidade deve prevalecer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo demonstra de forma não exaustiva, como vem se operando o controle de constitucionalidade no Brasil, suas influências no direito comparado, enfocando principalmente a ação direta de inconstitucionalidade e os efeitos da decisão que declara inconstitucional lei ou ato normativo.

Acima das divergências doutrinárias, está a construção de um sistema constitucional complexo, onde quase todas as necessidades do mundo fático ficam absorvidas pelo ordenamento de controle da constitucionalidade.

⁷³ FERREIRA, Olavo Alves. *Obra citada*, p. 78.

⁷⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Obra citada*, p. 178

Como já mencionado anteriormente, o controle da constitucionalidade é fundamental para a manutenção da unicidade do sistema jurídico, o qual tem por base a Constituição Federal e proteção do Estado Democrático de Direito.

Revela-se, também, o cunho político das decisões que julgam inconstitucional uma norma, por influenciar quais os efeitos deverão incidir sobre a própria decisão. Além de influenciar, diretamente, dentro das atribuições do Poder Legislativo. Entretanto, não há a caracterização de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes, pois a norma fundamental prevê o controle da constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

O presente trabalho revela o grande avanço que a Lei nº 9.868/99 trouxe para o controle de constitucionalidade brasileiro. A adequação da decisão que julga a ação direta de inconstitucionalidade (ou declaratória de constitucionalidade) com a realidade fática do caso concreto é um avanço que deve ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal para minimizar quaisquer efeitos nocivos advindos da inconstitucionalidade de uma norma. A norma, ao entrar no ordenamento, ainda que venha a ser declarada inconstitucional, gera efeitos. O problema reside quando a expurgação destes resultados cria no plano fático, problemas insolúveis, mostrando-se necessário a escolha da eficácia temporal da decisão.

Para tanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem evoluindo, realçando sua importância para o ordenamento jurídico e para as relações quotidianas, revelando que o direito constitucional brasileiro está entre os mais atuantes e importantes, no que tange o controle abstrato das normas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARAGÃO, Egas Moniz de. *Poder de iniciativa e inconstitucionalidade da lei*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 64, abr/jun 1961.
2. APPIO, Eduardo. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005
3. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
4. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
5. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
6. BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
7. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1980.
8. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no directo comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1999.
9. CLEVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
10. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
11. FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2003.
12. KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. 3ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
13. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.
14. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
15. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle da constitucionalidade: -aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
16. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

17. PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
18. POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2000.
19. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
20. STF. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade – Jurisprudência*. Volumes 1, 2 e 3. Brasília, Brasília Jurídica LTDA, 2004.
21. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O controle da constitucionalidade no sistema luso-brasileiro*. Revista Jurídica LEMI, n. 68, jul 1973.
22. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>> Acesso em: 21 de julho de 2005.