

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

ELIAS PRESTES MOREIRA KARAM

**EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Elizeu de Moraes Corrêa.

CURITIBA

2001

ELIAS PRESTES MOREIRA KARAM

**EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Elizeu de Moraes Corrêa.

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Por

ELIAS PRESTES MOREIRA KARAM

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela banca examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____
Prof. ELIZEU DE MORAES CORRÊA

Prof.^a MARIA DE LOURDES SERAPHICO PEIXOTO DA SILVA

Prof. ALVACIR ALFREDO NICZ

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO.....	ii
SUMÁRIO.....	iii
RESUMO.....	v
INTRODUÇÃO.....	01
1. CONSTITUIÇÃO.....	04
1.1 Supremacia constitucional.....	04
1.1.2 Supremacia material e supremacia formal.....	05
1.2 Constituição rígida e Constituição flexível.....	06
2. INCONSTITUCIONALIDADE.....	09
2.1 Conceito de inconstitucionalidade.....	09
2.2 Tipos de inconstitucionalidade.....	09
2.2.1 Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão.....	09
2.2.2 Inconstitucionalidade material e inconstitucionalidade formal.....	10
3. DA NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS.....	13
3.1 Europa.....	13
3.2 Brasil.....	16
4. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	20
4.1 Constituição de 1891.....	20
4.2 Constituição de 1934.....	21
4.3 Constituição de 1937.....	23

4.4 Constituição de 1946.....	24
4.5 Constituição de 1967.....	25
4.6 Constituição de 1988.....	27
5. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A LEI 9868/99.....	30
5.1 Eficácia <i>erga omnes</i> e efeito vinculante.....	30
5.2 Modelagem dos efeitos da decisão.....	33
5.3 Medida cautelar.....	36
6. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	40
6.1 Objeto.....	40
6.2 Subsidiariedade da ação.....	43
6.3 Efeitos da decisão.....	46
6.4 Medida Cautelar.....	46
7. CONCLUSÃO.....	49
8. APÊNDICES.....	53
8.1 Lei nº 9.868/99.....	53
8.2 Lei nº 9.882/99.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

RESUMO

EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade apresentar alguns aspectos referentes aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Antes de tratar propriamente do tema escolhido, fez-se necessário contextualizar o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para identificar e caracterizar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, analisou-se a sua evolução através das Constituições Federais, assim como as influências do direito estrangeiro em nosso sistema. O estudo de tais influências assume vital importância na medida em que a consideração sobre a natureza jurídica do ato inconstitucional (nulo ou anulável) é que nos dirá quais serão efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O direito norte-americano entende ser nulo o ato inconstitucional e, portanto, com efeitos *ex tunc*. Já Kelsen, que influenciou alguns países europeus, propugna pela anulabilidade do ato inconstitucional, ou seja, reconhece efeito aos atos praticados sob a égide da lei inconstitucional até a declaração de inconstitucionalidade (*ex nunc*). Veremos que o STF, apoiado pela doutrina, adotara a teoria norte-americana até a promulgação das Leis 9.868/99 e 9.882/99, que deram novo sentido ao complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

INTRODUÇÃO

À presente monografia pretende analisar o controle de constitucionalidade no direito pátrio, mais especificamente os *EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE*.

O sistema de controle de constitucionalidade por nós adotado, encontra-se entre um dos mais complexos e a completos do mundo. De um lado, tem-se o controle difuso, que permite aos juízes e tribunais julgarem uma lei ou ato normativo que teve contra si argüida a inconstitucionalidade incidentalmente num processo inter partes.

De outro, vislumbra-se o controle abstrato, que encontra-se em plena evolução, gerando muitas discussões no campo doutrinário, e ao qual daremos maior ênfase. Este outro tipo de controle tem como fim a análise da constitucionalidade da lei em tese. É, por isso, um processo objetivo, sem partes, onde só o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar.

Antes de tratar dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade, faz-se necessário, por óbvio, analisarmos alguns aspectos essenciais ao estudo do controle de constitucionalidade.

No primeiro capítulo, situaremos a relevância do controle de constitucionalidade para o cumprimento das normas constitucionais, ou seja, para a garantia do princípio da Supremacia Constitucional, presente nas Constituições rígidas.

O conceito de inconstitucionalidade, assim como as suas formas de manifestação serão objeto do segundo capítulo da monografia.

O terceiro capítulo trará os efeitos do ato inconstitucional, levando-se em conta sua natureza. Apresentar-se-ão duas correntes. Uma que propugna pela natureza anulável do ato inconstitucional. Assim sendo, a declaração da inconstitucionalidade não afetaria de forma absoluta os fatos pretéritos realizados sob o império do ato declarado inconstitucional. Esta corrente, que encontra em

Kelsen seu maior expoente, aplica-se a alguns países europeus onde privilegia-se o controle concentrado.

Corrente doutrinária contrária é a que entende ser o ato inconstitucional nulo, fazendo a declaração de inconstitucionalidade retroagir, não conferindo qualquer efeito aos atos praticados sob a égide da lei impugnada. Esta corrente doutrinária influenciou, durante muito tempo, as decisões do STF, já que o nosso ordenamento nada dispunha sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

O quarto capítulo demonstra o surgimento e a evolução constitucional do controle de constitucionalidade em nosso ordenamento. Coloca as influências, principalmente do sistema constitucional norte-americano, apresentando também, as peculiaridades da nossa fiscalização da constitucionalidade.

Aborda-se, no quinto capítulo, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade face à Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Neste capítulo, será exposto alguns aspectos inovadores da Lei 9.868/99, principalmente no que se refere à modelagem dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, demonstrando a influência dos modernos sistemas europeus no controle de inconstitucionalidade.

Será ponto de análise também, as críticas construídas contra a Lei 9.868/99, considerada por muitos, inconstitucional.

A Lei 9.882/99, sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, será objeto de estudo do sexto e último capítulo, guardadas as semelhanças com os outros processos objetivos, já tratados no capítulo que o antecede. Apresentaremos, assim, o entendimento doutrinário sobre a delimitação desta nova ação em nosso sistema de controle da constitucionalidade.

Enfim, a finalidade do presente estudo é a exposição das correntes doutrinárias acerca do tema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

frente às duas recentes leis, 9.868/99 e 9.882/99, e suas relevantes inovações em nosso ordenamento.

Longe de estar cristalizado, tal tema é de suma importância, pois está a regular o instrumento que visa proteger a correta aplicação dos princípios, direitos e regras constitucionais.

1. CONSTITUIÇÃO

O conceito de Constituição é variável espacial e temporalmente, segundo a perspectiva do sujeito que a aprecia. Cuida-se na presente explanação de compreendê-lo como estatuto jurídico fundamental e documento normativo do Estado e da sociedade¹, dotado de força normativa.

É necessário, ao Estado constitucional democrático, um mínimo de garantias que possibilitem a preservação da ordem constitucional. A própria Constituição estabelece as garantias da sua existência, consistindo na vinculação de todos os Poderes Públicos e de competências políticas/jurisdicionais de controle do cumprimento da Constituição².

A fiscalização da constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Estado constitui, nos modernos Estados, um dos mais relevantes instrumentos de controle do cumprimento das normas constitucionais.

Não obstante, a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos requer a compreensão da Supremacia constitucional, assim como de algumas classificações referentes à Constituição.

1.1. Supremacia constitucional

O conjunto de normas pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico não possuem a mesma categoria normativa, motivo pelo qual se faz necessária a formulação de uma hierarquia normativa. Do contrário, instalar-se-ia uma situação de insegurança tal que impediria o destinatário da norma saber ao certo a qual obedecer quando presente um conflito de normas.³

A Constituição é a norma suprema e fundamental desse sistema, pois é ela quem indica a forma de produção e o conteúdo das outras normas do ordenamento jurídico. Portanto, a validade de uma norma inferior depende da sua concordância

¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª.ed. Coimbra: Almedina, p. 1331-1332.

² Idem, p. 823/824

³ LACERDA, Belizário Antônio. Inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato normativo? In RT nº 762, abril/99, p.98.

com os ditames da norma constitucional, a qual representa seu fundamento de validade⁴.

Assim, a hierarquia das normas presente no ordenamento jurídico, apresenta de um lado as normas superiores, que são as normas constitucionais, e de outro, as normas inferiores, que são as leis ordinárias. Estas, surgem no universo jurídico em decorrência de uma norma superior, devendo, portanto, não contrariar a norma constitucional que lhe deu origem.

Neste sentido, como nos ensina Ronaldo Poletti,

o “tema do controle da constitucionalidade das leis, baseado no princípio da supremacia da Constituição, implica colocar a Carta Magna acima de todas as outras manifestações do Direito, as quais, ou são com ela compatíveis ou nenhum efeito devem produzir. Se a lei ordinária, o estatuto privado, a sentença judicial, o contrato, o ato administrativo etc. não se conformarem com a Constituição, devem ser fulminados por uma nulidade incomum, qual seja, aquela proveniente da Lei Maior, com base no princípio da supremacia da Constituição”.⁵

1.1.2 Supremacia material e supremacia formal

A supremacia constitucional pode ser entendida como a supremacia do texto constitucional em relação à matéria, ou mesmo, a supremacia oriunda de um processo de criação formalmente distinto. A primeira é a supremacia material, a segunda, a supremacia formal.

Levando em conta a matéria, seria norma constitucional a que tratasse da organização do Estado, de seus órgãos, de suas competências ou dos direitos individuais. Não sendo este o conteúdo da norma, estaríamos diante de uma lei ordinária.⁶

Entretanto, tal critério analisado isoladamente torna-se insuficiente à medida em que o legislador insere na Constituição normas que não condizem com a estrutura do Estado ou com direitos individuais. Portanto, torna-se relevante o

⁴ Hans Kelsen in Teoria Pura do Direito citado por Michel Temer in Elementos de direito constitucional. 16^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.19.

⁵ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Controle da constitucionalidade das leis. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.3.

⁶ FERRARI, Regina Maria Nery, Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.45.

conceito de Supremacia formal, decorrente da diferenciação existente entre os processos de elaboração ou modificação das normas constitucionais e das ordinárias.⁷

Regina Nery Ferrari reconhece a necessidade de uma Constituição escrita, sendo a única forma que possibilita a realização de uma Constituição formal. Na Inglaterra, que adota a Constituição não escrita, não encontramos diferença entre leis ordinárias e leis constitucionais, uma vez que os processos de elaboração são os mesmos. Portanto, onde não há dualidade de processos para a elaboração normativa, não podemos distinguir lei ordinária e lei constitucional, a não ser em relação à matéria de tais normas⁸, a qual, como já dito, torna-se insuficiente quando analisada isoladamente.

1.2. Constituição rígida e Constituição flexível

A rigidez da Constituição decorre da maior dificuldade em se alterar suas normas do que para modificar as outras normas do mesmo ordenamento jurídico estatal. É necessário um processo especial e mais solene do que o previsto para a modificação das leis ordinárias.

Em contraponto, as constituições flexíveis não prevêm distinção entre os processos de alteração de uma norma constitucional e de uma norma ordinária.

Só tem sentido falarmos em distinção entre lei constitucional e lei ordinária, implicando na superioridade daquela sobre esta, se a primeira reclamar um sistema de reforma mais difícil que a segunda, ou seja, se houver uma formal diferença para a modificação entre as duas espécies de normas.⁹

Portanto, só quando rígida a Constituição, isto é, com a determinação de processo especial e mais solene para a alteração de suas normas, em relação às

⁷ FERRARI, Regina M. Nery, op. cit., p.45.

⁸ *Idem*, p.45.

⁹ MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A teoria das constituições rígidas. 2ª ed., São Paulo: José Bushatsky, 1980. p.41.

outras normas do ordenamento jurídico, é que poderemos distinguir lei constitucional de lei ordinária e falarmos em supremacia constitucional¹⁰.

A existência de um controle de constitucionalidade depende, desta forma, da rigidez constitucional, uma vez que é esta quem permite, efetivamente, a diferenciação entre normas constitucionais e normas ordinárias, sendo a primeira superior à segunda devido ao seu processo de elaboração ou de modificação ser especial e mais solene.

É relevante lembrar, porém, que a rigidez não deve denotar uma total imutabilidade que impeça a Constituição de acompanhar as mudanças na sociedade, como nos ensina ARAÚJO CASTRO “ A Constituição não pode ficar imutável: precisa ficar de acordo com as condições sociais e políticas da época. Sem isso, inobservada ou violada, irá, pouco a pouco, perdendo a sua autoridade com evidente descrédito das instituições e grave inconveniente para a vida nacional”¹¹ .

Não teria sentido, portanto, a fiscalização da constitucionalidade num sistema onde a Constituição é flexível, pois, como já exposto, somente podemos diferenciar,

¹⁰ Entende José Afonso da Silva que da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição*, significando que a “a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.”(Curso de direito constitucional positivo. 19ª ed. rev. . ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 45. Semelhante entendimento é o de Regina Maria M. Nery Ferrari: “Dessa rigidez é que decorre, como primeira consequência, a supremacia constitucional, consistindo na mais eficaz garantia de liberdade e dignidade do indivíduo, já que, como norma suprema, confere validade ao sistema jurídico e legitimidade aos poderes estatais, que só podem atuar dentro das competências por ela conferidas”(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,1999, p.48)

¹¹ Citado por Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, op. cit., p.41.

efetivamente, uma lei constitucional de uma lei ordinária formalmente.¹²

¹² Clèmerson Merlin Clève reconhece que a fiscalização da constitucionalidade manifesta-se nos lugares que adotam Constituições rígidas, mas “não seria impensável, todavia, a existência da indicada fiscalização nos Estados regulados por Constituições flexíveis. Com efeito, se a inconstitucionalidade material é dependente da rigidez constitucional (incompatibilidade entre os conteúdos da lei ordinária e da lei fundamental), a inconstitucionalidade formal pode perfeitamente manifestar-se ainda em face de uma Constituição flexível. Isto porque, estabelecido, embora em normativa constitucional despida de rigidez, determinado procedimento para a elaboração de leis, qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade. O mesmo ocorre quando à violação da norma que dispõe sobre o órgão competente para a produção da lei. A alteração do procedimento ou do órgão competente dependerá de lei criada de acordo com o procedimento e a norma de competência criticados. Como se vê, a Constituição flexível possibilita a emergência de inconstitucionalidade formal, mas jamais de inconstitucionalidade material. A rigidez constitucional, ao contrário, no caso de incompatibilidade, é determinante da emergência das duas espécies de inconstitucionalidade” (A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 31-32).

2. INCONSTITUCIONALIDADE

2.1. Conceito de inconstitucionalidade

No capítulo anterior, ao tratarmos da supremacia constitucional, vimos a Constituição como lei fundamental indicadora da forma de produção e o conteúdo das outras normas do ordenamento jurídico, sendo, desta forma, o fundamento de validade de todo o sistema legal.

Partindo deste ponto, as normas inferiores, para que sejam válidas, impedidas ficam de colidir com qualquer disposição constitucional.

Assim, chegamos ao conceito de inconstitucionalidade, qual seja o conflito de uma norma ou de um ato com a Constituição.

Mas, como bem nos ensina Jorge Miranda, não é qualquer ato que ensejaria a titulação de inconstitucional e, sim, apenas aqueles que estiverem ligados aos órgãos do poder, já que a Constituição os tem como primeiros destinatários¹³.

Analisaremos adiante, algumas formas possíveis de manifestação da inconstitucionalidade.

2.2. Tipos de inconstitucionalidade

2.2.1. Inconstitucionalidade por ação e Inconstitucionalidade por omissão

Definindo-se, então, que a inconstitucionalidade surge quando, num sistema jurídico hierárquico, onde a Constituição é o fundamento de validade, uma norma inferior ou um ato advindo do poder público contrarie disposição constitucional. Tal inconstitucionalidade pode se dar por ação ou omissão do Poder Público.

¹³ “Não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida cotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a 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” In Manual de direito constitucional, p. 274, citado por Regina Maria Nery Ferrari, op. cit., p.45.

A inconstitucionalidade por ação se manifesta com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição¹⁴. Portanto, é a atuação positiva do legislador, ou do administrador público que não se coaduna com a previsão constitucional.

Já a inconstitucionalidade por omissão, inovação da Constituição de 88, fica caracterizada quando atos legislativos ou administrativos, que são necessários para a plena aplicação das normas constitucionais, deixam de ser praticados.

A omissão será declarada inconstitucional quando ausente um ato administrativo ou produção de uma lei que deveria existir para que direitos previstos pela Constituição fossem efetivados.

Não obstante a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o § 2º do art. 103 da Constituição Federal apenas prevê que será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em caso da omissão decorrente de ato administrativo, será dado prazo de 30 dias para tomá-lo.

Acerca do assunto, José Afonso da Silva criticou a timidez da Constituição, referindo-se às conseqüências da decretação da inconstitucionalidade por omissão. Embora concorde com o princípio da discricionariedade do legislativo, que não pode ser obrigado a legislar, entende que a sentença que reconhece a omissão inconstitucional já poderia dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse sanada. Estaria desta forma efetivando o cumprimento das normas constitucionais sem que se ferisse o princípio político da autonomia do legislador.¹⁵

2.2.2. Inconstitucionalidade material e inconstitucionalidade formal

Entende-se como inconstitucionalidade formal, a não observância de certos princípios de ordem técnica ou processual, ou pela violação de regras de

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19ª ed. rev. . ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 47.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 48; É o que pensa também Luiz Cláudio Portinho Dias, considerando que o constituinte de 88 tornou praticamente ineficaz a declaração de inconstitucionalidade por omissão, “diante da inexistência de sanção para a não-observância da decisão por parte do Poder Legislativo” In O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade dos atos normativos. In RT nº 754, ago/98, p.122.

competência na formação do ato normativo¹⁶. A inconstitucionalidade é gerada quando da formação do ato normativo, seja por infringir regra constitucional de procedimento legislativo, ou por regra constitucional que delimita a competência para a feitura do ato.

Há autores que denominam de inconstitucionalidade orgânica o vício surgido da incompetência do órgão para a elaboração do ato normativo¹⁷. Isto, para diferenciar da inconstitucionalidade formal propriamente dita, originada por vício na elaboração do ato.

A inconstitucionalidade material apresenta-se quando o conteúdo do ato normativo mostra-se incompatível com o texto constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes coloca também, como manifestação da inconstitucionalidade material, o excesso de poder. Este se manifesta diante da incompatibilidade entre os objetivos da lei e os fins constitucionalmente consagrados, ou pela violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso¹⁸. Fere-se o princípio da proporcionalidade quando determinada norma é editada objetivando a realização de finalidades previstas na Constituição, mas o faz de modo desproporcional. Já o excesso ou desvio de poder fica caracterizado quando, embora o constituinte atribua certa discricionariedade ao legislador, este elabora lei que venha para realizar fins que não sejam constitucionalmente previstos.

Não importando se a inconstitucionalidade é material ou formal, ela poderá ser total ou parcial.

A inconstitucionalidade total ocorre quando todo o ato é contaminado pelo vício, a parcial só quando uma parcela do ato é tida como viciada. Deve atentar-se, porém,

“que haverá casos em que a nulidade parcial implicará a nulidade total. A nulidade parcial implicará a nulidade total quando, em consequência da declaração de uma norma, se reconheça que as normas restantes, conformes

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 32.

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin, op. cit., p. 39.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 36-37.

à Constituição, deixam de ter qualquer significado autônomo (critério da dependência); além disso, haverá uma nulidade total quando o preceito inconstitucional fizer parte de uma regulamentação global à qual emprestava sentido e justificação (critério da interdependência)”¹⁹.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, citado por Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 39.

3. DA NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS

Podemos encontrar na doutrina duas grandes correntes acerca da natureza do ato normativo declarado inconstitucional. Seria ele nulo ou anulável? Uns defendem a anulabilidade da lei inconstitucional, pois esta seria válida até que se declare a inconstitucionalidade pelo órgão competente. Outros acreditam ser a lei inconstitucional nula, não tendo validade desde sua origem.

No Brasil, o embate entre as duas teorias torna-se mais acirrado, visto que não existe previsão expressa na Constituição de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade possua efeitos retroativos em todos os casos. Trata-se, portanto, de construção doutrinária e jurisprudencial, sedimentada ao longos dos tempos, aquela que define os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade²⁰.

Para uma melhor compreensão, analisaremos separadamente a natureza do ato normativo declarado inconstitucional nos países europeus, influenciados pelas idéias de Kelsen, e no Brasil, que tem prevalecido a influência do direito norte-americano no que concerne ao controle de constitucionalidade.

3.1. EUROPA

A corrente que propugna pela anulabilidade da lei inconstitucional, baseia-se nos ensinamentos do jurista austríaco Hans Kelsen.

Para Kelsen, é um contra-senso se falar que uma lei válida é contrária à Constituição, pois uma lei só pode ser válida quando fundamentada na Constituição. A lei válida poderá, entretanto, ser revogada através de um processo especial, por um órgão diferenciado, previsto na própria Constituição. Mas, enquanto “uma lei não for revogada ela tem que ser considerada válida e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional”²¹.

²⁰ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz. O controle de constitucionalidade e teoria da recepção. São Paulo: Malheiros, p.41.

²¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, tradução de João Batista Machado, 6ª ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, p.367-368.

A competência para decidir sobre a inconstitucionalidade da lei, continua Kelsen, deve ser atribuída a um determinada órgão jurídico, pois se a qualquer um fosse dada, não haveria lei que vinculasse os súditos do Direito e dos órgão jurídicos.²²

Em Kelsen, a anulabilidade comporta graus diferentes. A regra é que a lei é anulada com efeitos para o futuro, ou seja, os efeitos já produzidos pela norma atacada permanecem intactos. Pode também, a lei, ser anulada retroativamente, destruindo os efeitos jurídicos produzidos sob a sua égide. Mas, mesmo assim, a norma não é nula desde o início. A decisão de que é nula, anula-a com eficácia retroativa²³.

É incorreto, segundo Kelsen, a denominação 'declaração de nulidade', dada pelo órgão que decide a lei como sendo nula desde o início (*ex tunc*). A decisão não tem caráter meramente declaratório, mas preponderantemente constitutivo²⁴.

Qualquer que seja a gravidade do vício argüido, a norma só será anulada através de processo especial, por órgão determinado e,

"como esta verificação tem caráter constitutivo, como a nulidade da norma em questão é efeito desta verificação, como não pode ser juridicamente afirmada antes de realizada tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí considerada válida(...). Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade"²⁵.

Alguns países europeus adotaram, com certas variações, o modelo de sistema concentrado de controle de constitucionalidade proposto por Kelsen, diferenciando, de um país para outro, quanto aos efeitos das decisões.

²² KELSEN, Hans. Op. cit., p.368.

²³ Idem, p.375.

²⁴ Idem, ibidem, p.374: "A declaração judicial de inconstitucionalidade, assim, possui eficácia constitutiva-negativa (ou desconstitutiva), independentemente de seu alcance no tempo e não meramente declaratória". DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz. op. cit., p.40.

²⁵ KELSEN, Hans. op. cit., p.376.

Na Áustria, a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia *ex nunc*, a partir da data da publicação da decisão, salvo se o Tribunal estabelecer prazo para a entrada em vigor do julgado, sendo que este prazo não poderá exceder de 1 ano²⁶.

O modelo austríaco admite, porém, o efeito retroativo da decisão proferida no caso concreto. É considerado como caso concreto não somente o processo que deu origem à declaração de inconstitucionalidade, mas todos aqueles pendentes perante a Corte por ocasião do Julgamento²⁷.

Na Alemanha, quem detém competência para o controle de constitucionalidade abstrato é o “Bundesverfassungsgericht”, cujas decisões possuem força de lei, vinculando todos os órgãos públicos, federais e estaduais. Pode ser declarada a nulidade total ou parcial da lei, ou declarar a inconstitucionalidade sem a consequência da nulidade da lei com o texto constitucional²⁸.

A pronúncia de inconstitucionalidade sem a nulidade, contém um juízo de desvalor em relação à norma impugnada. Todavia, tal pronúncia obriga o legislador a tomar medidas necessárias para que tal estado de inconstitucionalidade seja sanado²⁹. O ato normativo tido como inconstitucional poderá continuar sendo aplicado, em nome da ordem constitucional, para que não acarrete em lacuna jurídica, até que o legislativo tome as medidas necessárias.

Há também o ‘apelo ao legislador’ (Appellentscheidung), que embora muito semelhante à declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, não reconhece, por sua vez a inconstitucionalidade. Apenas requer do legislador medidas necessárias para sanar a controvérsia gerada³⁰.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 135.

²⁷ Idem, p. 135.

²⁸ Idem, ibidem, p.138-139.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1998, p.202-203.

³⁰ Idem, p.204.

Já o sistema português de controle de constitucionalidade, atribui à declaração de inconstitucionalidade efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*, e não apenas a partir da data em que se declara a inconstitucionalidade(*ex nunc*).

Isto se dá, segundo Jorge Miranda, por dois motivos. O primeiro se deve à Constituição ser o fundamento de validade do sistema e, portanto, da própria norma a ser declarada inconstitucional, devendo prevalecer “incondicionalmente” desde que o surgimento desta, e não apenas desde o reconhecimento da contradição. O segundo, porque considerando a inconstitucionalidade apenas com eficácia futura, estaríamos diante de uma diferença de tratamento das pessoas. Uma ficariam sob o império da preceito ou princípio constitucional, outras se subordinariam ao sentido da norma inconstitucional, ao sentido de uma norma juridicamente inválida³¹.

Ocorre, porém, que o inciso IV, do artigo 282, da Constituição Portuguesa, prevê exceções à regra que estabelece os efeitos *ex tunc* quando da declaração de inconstitucionalidade:

“art. 282.(...)

...

IV- quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que o originariamente previsto”³².

Demonstra-se, assim, que as idéias de Kelsen se propagaram pelos países europeus, sendo adotadas com as devidas alterações, conforme a cultura jurídica e social de cada país.

3.2. BRASIL

No Brasil, o STF, há muito, segue o modelo norte americano de controle de constitucionalidade, entendendo ser plenamente nulo o ato normativo

³¹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, tomo II, 2ª ed. Coimbra, 1983, p.387.

³² O mesmo Jorge Miranda entende que tal inciso, ao permitir que o Tribunal Constitucional modele os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, “encerra o risco de uma aproximação da atitude própria do legislador ou, mesmo, de uma confusão entre o juízo jurídico e o político”. Op. cit., p. 389-390.

inconstitucional. Nenhum efeito é reconhecido aos atos praticados sob a égide da lei impugnada, portanto, *ex tunc*³³.

Ao equiparar inconstitucionalidade à nulidade, dizia a doutrina pátria que reconhecer efeito a uma lei inconstitucional, seria o mesmo que suspender provisoriamente ou parcialmente a Constituição.³⁴

Entretanto, parte da doutrina nacional se posicionou contra essa recepção do modelo norte-americano. Ou pelo menos, da forma como foi realizada, fundamentando imprecisamente a chamada nulidade de pleno direito ou *ipso iure*. Para Carlos Alberto Bittencourt, “os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento”³⁵.

Para Regina Ferrari, os atos praticados, sob a égide de determinada lei, devem ser considerados válidos e capazes de produzir efeito até e enquanto não houver decisão que considere a inconstitucionalidade da referida lei. Isto porque, como a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer momento, nunca teríamos a plena certeza de até quando seriam os atos praticados considerados válidos.³⁶

Desta forma, reconhecer a norma inconstitucional como nula, tendo os efeitos desse reconhecimento operados *ex tunc*, estendendo-os ao passado de modo absoluto, é deixar de lado a segurança jurídica, a estabilidade do direito e a sua própria finalidade³⁷.

Entretanto, como já mencionado, a doutrina majoritária entende que a decisão da inconstitucionalidade da norma é declaratória, e não constitutiva-negativa.

³³ DIAS, Luiz Cláudio Portinho. O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade dos atos normativos. In RT nº 754, ago/98, p. 119

³⁴ BUZAID, citado por Gilmar Ferreira Mendes In Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998, p.407.

³⁵ BITTENCOURT, C. A. Lúcio, O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Atualizado por José Aguiar Dias. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 141.

³⁶ FERRARI, Regina M. Nery, op. Cit., p.124.

³⁷ FERRARI, Regina M. Nery, op. Cit., p.126; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz. op.cit., p.41.

Portanto, apenas se reconhece o vício já pré-existente, motivo pelo qual a decisão produz efeito *ex tunc*, retroagindo até o surgimento da norma viciada³⁸.

É possível, no entanto, verificarmos no STF, tentativa no sentido de receber a teoria da anulabilidade em detrimento da teoria da nulidade da lei inconstitucional. É notório o julgado do Ministro Leitão de Abreu (RE 79.343, RTJ 82, p. 792) que desconhece a nulidade da lei constitucional, tendo em vista que esta, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade e portanto produziria efeitos que não poderiam ser negados. A lei não seria, então, nula *ipso iure*, mas apenas anulável. O caráter da decisão seria constitutivo e não meramente declaratório.³⁹⁻⁴⁰

Para Leitão de Abreu,

“ 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”⁴¹.

Esse julgado, porém, não surtiu efeito entre os ministros do STF, que continuaram a considerar a nulidade *ipso iure*, pois que, o princípio da supremacia da Constituição não pode ser abalado com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional. Considera-se que a lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações⁴².

³⁸ Nesse sentido também. Clèmerson Clève, op. cit., p.244, indica julgados do STF, RTJ 89:367, 87:758, 82:791, 102:671, 146:461, Adin 1434, DJU 22.11.1996, Adin 1434-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 22.11.1996.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998, p.412.

⁴⁰ Ronaldo Polleti faz uma crítica ao acórdão por entender que não é possível pensar que Kelsen, embora sustenta o caráter constitutivo da anulação, afirmasse que a lei inconstitucional produz efeitos até a sentença que assim a declarasse. Diz ainda que Kelsen, quando elaborou sua teoria, tinha em mente o sistema austriaco de controle de constitucionalidade, que é somente concentrado. Controle da constitucionalidade das leis. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.124-125.

⁴¹ RE 79.343, Rel. Ministro Leitão de Abreu, RTJ 82, p.791.

⁴² Gilmar F. Mendes, op. cit., p.413, indica os acórdãos que demonstram tais entendimentos do STF: RE 93.356 do próprio Leitão de Abreu, RTJ 97, p.1369; Rp. 971, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 87, p. 758; Rp. 1.016, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 95, p. 993; Rp. 1.077, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 101, p.503; Rp. 980, Rel. Min. Moreira Alves RTJ 96, p. 496.

Assim, o STF se curvou à teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional, considerando nulos os efeitos da lei inválida desde a sua publicação. Esta posição, é defendida por parte da doutrina que entende que admitir a validade da lei inconstitucional é inobservar o princípio da supremacia constitucional, e que não há maior insegurança jurídica do que o ferimento a este princípio⁴³.

Com o advento da lei 9868/99, surge em nosso ordenamento jurídico a possibilidade do STF em estabelecer os efeitos da decisão que declara a constitucionalidade, semelhante ao que ocorre no sistema austríaco e no sistema português. Este, no entanto, é assunto que trataremos separadamente no quinto capítulo, após a análise da evolução do controle de constitucionalidade em nosso ordenamento.

⁴³ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Op. cit.*, p.118-129; TOSCANO, Mônica Martins. Dos efeitos da declaração de Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito da UFPA*, trabalho apresentado à disciplina de Direito Constitucional I. Mestrado. Belém, 1996, p. 143-177. ; DIAS, Luiz Cláudio Portinho. *op. cit.*, p.99-122.

4. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição de 1824 não previu a prerrogativa do Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade das leis.

Ao não exercer a função da guarda constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça sofreu severas críticas, talvez por entenderem, os críticos que o a mais alta corte nacional deveria se espelhar no similar norte-americano, o qual implantou o controle de constitucionalidade sem que houvesse, para tanto, expressa previsão constitucional.

Entretanto, o Estatuto de 1824 limitava em muito as funções do Supremo, não dando “qualquer margem a tentativas de expansionismo”. A defesa dos princípios constitucionais foi destinada ao próprio legislativo, além do que, presente também o Poder Moderador, superior a todos os outros, aspectos que dificultavam as ações do Supremo Tribunal de Justiça⁴⁴.

4.1. Constituição de 1891

Antes mesmo da promulgação da Carta de 1891, nosso ordenamento jurídico já absorvia o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.

A Constituição Provisória de 1890, em seu artigo 58, § 1º, alíneas “a” e “b”, que regulava a competência do Supremo, e os artigos 3º e 9º (“a” e “b”) do Decreto 848, do mesmo ano, e que organizou a Justiça Federal, indicavam a fiscalização da constitucionalidade pela magistratura federal, assim como em grau de recurso pelo Supremo Tribunal Federal.

Os referidos dispositivos foram repetidos pela Constituição de 1891. Previa o artigo 58 da Constituição:

“art. 58. Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso ao Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela

⁴⁴ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. op. cit., p. 27.

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

A lei nº 221, de 1894, que completou a organização da Justiça Federal, consagrou de vez a matéria do controle de constitucionalidade no ordenamento pátrio⁴⁵. Em seu art. 10º, § 10º, a lei exige que a inconstitucionalidade seja manifesta, quando, então, os juízes e Tribunais não aplicarão aos casos concretos as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais. A sentença que decidisse sobre a inconstitucionalidade obrigava as partes litigantes e também a Administração Pública, apenas em relação ao caso concreto⁴⁶.

Assim, o “Judiciário praticava, com a Constituição de 1891, um controle difuso, incidental e sucessivo da constitucionalidade”⁴⁷.

A Reforma constitucional de 1926 não modificou em muito o sistema de controle implantado, apenas deu mais clareza aos dispositivos que tratavam da competência do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário⁴⁸.

4.2. Constituição de 1934

Anhaia de Mello vê, na Constituição de 1934, um grande avanço no setor das inconstitucionalidades. Isto porque, a previsão da suspensão da eficácia dos atos declarados inconstitucionais (art. 94, IV, da Constituição de 1934), suplantou até mesmo o sistema norte-americano, base de todo nosso controle de constitucionalidade. Segundo o autor, a retirada do mundo jurídico do ato viciado, é elaboração do direito pátrio⁴⁹.

⁴⁵ Sobre a lei 221, de 1894, José Luiz de Anhaia de Mello diz que “esse documento, não resta dúvida, vem consagrar entre nós o princípio de legalidade e o de constitucionalidade, em termos objetivos. Por outro lado, estabelecendo como o faz, que compete aos juízes a não aplicação de lei eivada de vício, assenta a posição de hegemonia do Judiciário, nos moldes das lições americanas” In Da separação dos Poderes à guarda da Constituição. São Paulo: RT, 1968, p.186;

⁴⁶ Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. op. cit., p. 158.

⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p.84.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ MELLO, José Luiz de Anhaia de. op. cit., p. 188; Para Celso Barbi, a previsão da suspensão da lei inconstitucional pelo Senado foi de extrema importância diante dos costumes da nossa magistratura, influenciada pela formação individualista do brasileiro. Via de regra, nossos magistrados aplicavam as leis consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, pois não se convenciam do acerto da decisão da nossa mais alta corte. Contrário ocorre nos Estados Unidos, onde a regra dos precedentes judiciários faz com que a norma

Ainda, ao atribuir ao Legislativo, que é o autor da lei, a suspensão da eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, resolvemos, em parte, um grande problema, o da convivência e harmonia entre os poderes⁵⁰, visto que somente o poder que elaborou a lei poderia suspender sua execução.

Pretendeu, o constituinte, com a suspensão da eficácia da lei inconstitucional pelo senado, "instituir um fórmula para dar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal"⁵¹.

Em seu artigo 179, a Constituição de 1934 implantou o quorum mínimo para a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, só por maioria absoluta de votos da totalidade dos juízes, poderiam os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público. Essa disposição veio acolher a tendência jurisprudencial norte-americana, a qual firmou orientação nesse sentido com o objetivo de afastar as decisões de inconstitucionalidade de lei por maioria simples, as quais não asseguravam a certeza necessária para a aplicação da Justiça.⁵²

Por fim, outra importante inovação em nosso ordenamento jurídico, trazido pela Constituição Federal de 1934, foi a presença do Procurador Geral da República como agente provocador de um novo tipo de inconstitucionalidade, aquela que feria princípios constitucionais da Federação pelos Estados, resultando em intervenção federal.

O artigo 7º, inciso I, dispunha sobre a competência dos Estados Federados para a elaboração das suas Constituições, dizendo alguns dos princípios constitucionais que deveriam ser respeitados. Caso não fossem respeitados, incidiria o artigo 12 da Constituição Federal, o qual tratava da intervenção federal para fazer valer os princípios constitucionais previstos no artigo 7º, inciso I, da Carta Magna.

O Supremo Tribunal Federal deveria analisar, após a provocação do Procurador Geral da República, a lei que decretou a intervenção federal, dizendo,

declarada inconstitucional pela Suprema Corte toma tamanha força que deixa de ser aplicada pelos tribunais e juízes. Citado por Regina Nery Ferrari, op. cit., p. 74.

⁵⁰ MELLO, José Luiz de Anhaia de. op. cit., p. 189.

⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p.85

⁵² Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. op. cit., p. 159.

então, sobre a constitucionalidade da lei interventiva (art. 12, § 2º, da Constituição Federal de 1934).

Salienta Celso Barbi que, embora fosse um processo de declaração de inconstitucionalidade diferenciado daquele em via de exceção, não pode, a provocação da atuação do Supremo pelo Procurador Geral da República, ser considerada propriamente um processo de via de ação, uma vez que o objeto da declaração não é anular a lei⁵³.

4.3. Constituição de 1937

Em decorrência do golpe de Estado perpetrado, a Constituição de 1937 serviu para o fortalecimento do poder Executivo.

Em se tratando de controle de constitucionalidade, a Carta de 1937 manteve o modelo implantado pela Constituição de 1891. Quanto às inovações contidas na Constituição de 1934 manteve apenas a que exigia maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, pelos tribunais, de lei ou ato do Presidente da República. Excluiu, portanto, a suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo federal, assim como, a análise da constitucionalidade, pelo Supremo, da lei que decretasse a intervenção federal⁵⁴.

Mas, o que mais evidenciou a tentativa do fortalecimento do Poder Executivo em detrimento dos outros Poderes, principalmente do Judiciário, constava no parágrafo único do artigo 96:

“No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal”.

⁵³ Citado por Regina Nery Ferrari, op. cit., p. 75. Para Anhaia Mello “estávamos nos prolegômenos da ação direta”, op. cit., p. 189.

⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p.86.

Assim, além da retirada das relevantes inovações trazidas pela Constituição de 1934, a lamentável Constituição de 1937 forneceu ao executivo a possibilidade de ser “instância de recurso em matéria de Constituição”⁵⁵.

4.4. Constituição de 1946

A Constituição de 1946 reavivou os princípios democráticos presentes na Constituição de 1934, os quais foram suspensos com a Carta de 1937.

Mantido o controle por via de exceção e a exigência de maioria absoluta de votos para a declaração de inconstitucionalidade, assim como a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O artigo 7º, VII, prevê, novamente, a possibilidade de intervenção Federal nos Estados. Entretanto, em relação ao contido na Carta de 1934, modificou-se o processo de intervenção. Agora, o Procurador Geral da República não mais submete a lei interventiva ao exame do Supremo, e sim a lei ou ato ao qual se imputou a inconstitucionalidade. Caso o Supremo declare a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, é que caberá a intervenção federal. Esta, no entanto, poderá não ocorrer, caso o Congresso Nacional suspenda a execução da lei inconstitucional ao entender que essa medida baste para o restabelecimento da normalidade do Estado(art. 13).⁵⁶

É a Emenda Constitucional 16, de 1965, que faz surgir em nosso ordenamento jurídico o controle abstrato de constitucionalidade, ao alterar o art. 101, item I, alínea k, acrescentando às competências originárias do Supremo a “de processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.⁵⁷

É importante frisar que a representação instituída pela Emenda Constitucional 16/65 difere da representação interventiva. Esta trata de um conflito entre a União e

⁵⁵ MELLO, José Luiz de Anhaia de. op. cit., p. 190.

⁵⁶ FERRARI, Regina Maria Nery, op. cit., p. 77.

a coletividade política estadual, sendo que, apenas a infringência aos princípios constitucionais enumerados no artigo 7º, VII, é que autorizam a propositura da arguição de inconstitucionalidade. Já o mecanismo instituído pela Emenda 16/65, visa garantir a observância de todos os dispositivos constitucionais. Embora se manifeste via ação direta, a representação interventiva indica uma fiscalização concreta, pois presta-se à solução de um conflito. De outra forma é a manifestação da fiscalização abstrata, cujo objetivo é a fiscalização da compatibilidade, em abstrato (tese), de uma lei infraconstitucional com os preceitos constitucionais.⁵⁸

Com a Emenda 16/65, o Supremo Tribunal Federal é competente para declarar a inconstitucionalidade, em tese, de ato normativo ou federal. Esta decisão tem efeito *erga omnes*, a qual só incidia anteriormente no controle concreto, com a suspensão da eficácia da lei pelo Senado Federal, após a decisão definitiva do Senado.

Para Oswaldo Aranha, a declaração de inconstitucionalidade de lei, em tese, pelo Supremo, com efeito *erga omnes*

“é mais extensa que a do Senado Federal, porquanto a deste se restringe em suspender os efeitos dos atos declarados pelo Judiciário inconstitucionais na espécie, revogando-os ‘ex nunc’. A do Supremo Tribunal Federal é mais extensa porque os declara írritos e nulos em tese, com efeito *erga omnes*, e, de tal modo, como jamais tendo existido, de alcance *ex tunc*, isto é, retroativo”⁵⁹.

4.5. Constituição de 1967

O controle de constitucionalidade não sofreu grandes alterações com a Constituição de 1967. Mantido o controle difuso, assim como a ação direta de inconstitucionalidade, surgida na Constituição de 1946, com a Emenda nº 16/65.⁶⁰

⁵⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p.88.

⁵⁸ Idem, p.89.

⁵⁹ Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. op. cit., p.213-214. No que se refere à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, no controle concreto, diz que “enquanto não suspensa, pelo Senado Federal, a decisão do Supremo Tribunal Federal, como as decisões não constituem precedentes obrigatórios, os outros Juízes e Tribunais podem considerar o ato como constitucional, embora sujeitos à revisão daquele. (...) porém, em suspenso o texto, lei ou ato normativo, pelo Senado Federal, perde eficácia, deixava de ter executoriedade, ficava revogado e, assim, não podia, de então em diante, ser considerado em vigor, ressalvados unicamente os fatos consumados sob a sua égide, os atos jurídicos formalmente perfeitos, e os direitos adquiridos”. op. cit., p. 212.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 192

Quanto à intervenção, aumentou-se o rol de princípios constitucionais que se infringidos podem ensejar a intervenção federal. Além daqueles previstos pelo art. 7º, VII, da Constituição de 1946 que foram repetidos pelo art. 10, VII da Constituição de 1967, incluiu-se também os princípios constitucionais do art. 13, II a VII. A diferença é que o ferimento aos princípios contidos no art. 13, só justificam a intervenção federal quando da sua execução infringir a execução de lei federal ou norma constitucional, ou mesmo, a execução de decisão transitada em julgado do Supremo Tribunal Federal, que declare inconstitucional essa norma⁶¹.

Ainda no que se refere à intervenção, transferiu-se ao Presidente da República o poder de suspender o ato ou lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando essa suspensão seja, por si só, capaz de restabelecer a normalidade no Estado federado, competência essa que era do Congresso Nacional⁶².

Com a Emenda nº 7/77, atribui-se mais competência ao Procurador-Geral da República. Além da representação de inconstitucionalidade, caberá ao Procurador a representação visando a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, podendo provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, "e"). Essa nova forma de representação deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da interpretação da lei.⁶³

A Emenda nº 7 de 1977, reconheceu, expressamente, a competência do Supremo Tribunal Federal para deferir pedido de cautelar interposto pelo Procurador-Geral da República (art. 119, I, "p"), pondo fim à discussão sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade.⁶⁴

⁶¹ MELLO, José Luiz de Anhaia de. op. cit., p. 225.

⁶² FERRARI, Regina M. Nery, op. cit., p.79.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p.192-193.

⁶⁴ Idem, p. 193.

4.6. Constituição de 1988

A Constituição de 1988 aperfeiçoou o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade, qual seja a coexistência dos dois tipos de controle, o abstrato-concentrado e o concreto-difuso.

Assim, ampliou-se a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, *caput*)⁶⁵, antes chamada apenas de representação; possibilitou a instituição pelos Estados-membros de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art.125, §2º); previu a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e o mandado de injunção(art. 102, I, “q”, quando de competência do STF); impôs a citação do Advogado Geral da União para defender o ato atacado nas ações diretas (art. 103, 3º); exigiu a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, assim como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, §1º); não previu, como a Carta anterior, o julgamento de representação, pelo Supremo Tribunal, para fins de interpretação; previu a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único), o qual foi regulamentado posteriormente pela lei 9.882/99; e, ainda, promoveu a alteração do recurso extraordinário, que passou a tratar de matéria constitucional apenas.⁶⁶

Com a Emenda Constitucional nº 3 de 1993, os artigos 102 e 103 Constituição de 1988 sofreram alterações ao ser instituída a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência do Supremo Tribunal Federal(art. 102, I, “a”). As decisões, nessas ações, quanto ao mérito, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Executivo(art. 102, §2º).

⁶⁵ Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I- Presidente da República; II- a Mesa do Senado Federal; III- a Mesa da Câmara dos Deputados; IV- a Mesa da Assembléia Legislativa; V- o Governador de Estado; 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.

⁶⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 90.

Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade se dá frente a lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade é processado somente em relação à lei ou ato normativo federal.

São legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. Portanto, um rol de legitimados numericamente inferior comparado ao da ação direta de inconstitucionalidade.

Ainda, não se previu, constitucionalmente, o efeito vinculativo da decisão nas ações diretas de inconstitucionalidade, como ocorre com a ação declaratória de constitucionalidade.

Com a ação declaratória, pretendeu-se obter uma decisão judicial, com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, que declare a constitucionalidade de determinado ato normativo federal que esteja provocando controvérsia jurisprudencial quanto a sua compatibilidade com a Constituição. Importante ressaltar que, desde a ação declaratória nº 1, o Supremo Tribunal Federal tem entendido como requisito de admissibilidade à ação a existência de controvérsias nas decisões acerca da constitucionalidade da norma atacada.⁶⁷

Sobre a estranha previsão de uma ação que declare a constitucionalidade de um lei ou ato normativo, já que é presumível a constitucionalidade de qualquer norma que surja no ordenamento jurídico, André Ramos Tavares tece o seguinte comentário:

“a medida é salutar à Constituição, na medida em que permite levar desde logo a questão ao Supremo Tribunal Federal, para que se resolva em definitivo, com proveitos para a economia e celeridade processuais, bem como para a segurança jurídica. É de fato um remédio eficiente para uma pronta solução, evitando-se as decisões contraditórias e conflitantes que são, em um sistema de controle difuso, uma das grandes mazelas apontadas como perpetuadoras de situações extremamente injustas”⁶⁸.

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. Tribunal e jurisdição constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 140. Sobre o assunto, vide Gilmar Ferreira Mendes In Ação declaratória de constitucionalidade e demonstração da existência de controvérsia judicial. Revista Jurídica Virtual nº9, fev./2000, www.planalto.gov.br

⁶⁸ Op. cit., p.141.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade viria a ser alterado novamente no ano de 1999, com as leis 9.882/99 e 9.868/99, que tratam do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, respectivamente. Esta última, alterou significativamente o nosso sistema de controle, principalmente, no que se refere à modelagem temporal dos efeitos nas decisões diretas sobre a inconstitucionalidade e a constitucionalidade das leis, o que passaremos a discorrer no próximo capítulo.

5. OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A LEI 9.868/99

5.1. Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante

As decisões de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade, sejam procedentes ou improcedentes, sempre tiveram eficácia contra todos (*erga omnes*). Esta eficácia é diversa da decorrente da decisão em ação por via de exceção, que vale só para as partes litigantes. A eficácia *erga omnes* se estende a todos, o que não impede, porém, que instâncias inferiores do Poder Judiciário julguem de forma contrária ao Supremo Tribunal Federal, restando às partes vencidas interpor recurso extraordinário para ver respeitada a decisão da Suprema Corte⁶⁹.

A ação declaratória de constitucionalidade, por sua vez, nasceu com outro efeito além da eficácia *erga omnes*, o efeito vinculante. Este, vincula obrigatoriamente os demais órgãos do Judiciário e do Executivo.

Quanto ao Judiciário, a vinculação é direcionada no sentido de que “nenhum juízo ou Tribunal poderá conhecer de ação ou processo em que se postule um decisão contrária à declaração emitida no processo da ação declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal nem produzir validamente ato normativo em sentido contrário àquela decisão”.⁷⁰ A decisão do Supremo deverá ser observada, sob pena de afronta à coisa julgada material, o que ensejaria reclamação direta ao Supremo, proposta pelo Ministério Público ou pela parte interessada para garantir a autoridade da decisão da nossa mais alta Corte(art. 102, I, “I”)⁷¹.

Vinculado fica também o Poder Executivo. Quando o Executivo edita ato declarado posteriormente inconstitucional, a eficácia *erga omnes* apenas anula aquele ato. Se outro ato de igual teor é emitido, a eficácia *erga omnes* não alcança este ato similar, devendo nova ação direta de inconstitucionalidade ser proposta. Já o efeito vinculante, atinge também os atos futuros de igual teor, não necessitando,

⁶⁹ FERRARI, Regina Maria Nery, op. cit., p.252.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. op. cit., p.60-61.

⁷¹ DIAS, Luiz Cláudio Portinho. Op. cit., p.118.

portanto, da proposição de nova ação direta, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade do ato.⁷²

Ocorre, que o parágrafo único do art. 28⁷³, da Lei 9.868/99 atribuiu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, tanto para a ação declaratória de constitucionalidade, como para a ação direta de inconstitucionalidade. Esta inovação suscita debates, sobretudo porque a Constituição Federal, através da Emenda 3/93, confere efeito vinculante apenas à ação declaratória de constitucionalidade⁷⁴. Neste íterim, questiona-se se poderia a lei ordinária introduzir esta previsão.

A tendência atual de se ampliar a extensão e a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal à primeira vista parece justificar esta medida. Este já era o entendimento esposado por alguns membros do Supremo, como Sepúlveda Pertence, que sustentavam que “quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade”⁷⁵.

Autores como Eduardo Rocha Dias têm combatido esta extensão do efeito vinculativo à ADIn, advertindo sobre a inconstitucionalidade deste preceito legal. Isto porque, o alcance da eficácia vinculante das decisões da Corte Suprema, limitadora da autonomia do Executivo e dos demais órgãos do Poder Judiciário, aponta para a necessidade de emprestar alcance restrito às decisões em ação direta de

⁷² SILVA, José Afonso da. op. cit., p.61.

⁷³ Art. 28. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de constitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

⁷⁴ A introdução em nosso sistema da Ação declaratória de constitucionalidade provocou a revolta de parte da doutrina, principalmente, ao atribuir o efeito vinculativo. “A novel ação, através de seu efeito vinculante, limita consideravelmente a amplitude do controle incidental, o mais precioso de todos – para nós ilimitável - , por conferir ao cidadão o poder de tutela jurisdicional de seus interesses e um meio real e eficaz de defender a Constituição de seu país”, DIAS, Luiz Cláudio Portinho. Op. cit., p.122; “Porque representa uma subordinação que não é reconhecível no nosso sistema constitucional, onde há a plena autonomia dos órgãos jurisdicionais, guardadas evidentemente as diferenças dos seus níveis, configurada no poder dos superiores modificarem suas decisões, mas não de poderem impor as suas decisões aos juízes das instâncias inferiores. Nós estamos passando de um modelo de Judiciário para outro de cunho autoritário e desconforme com as tradições do nosso ordenamento jurídico”, Celso Bastos in Ação declaratória de constitucionalidade. Coord. Ivens Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1994, p.38.

⁷⁵ In Reclamação 167, despacho, RDA 206, p. 246.

inconstitucionalidade. Sob esta perspectiva, a alteração só poderia ser introduzida validamente através de emenda constitucional.

Outro aspecto relevante apontado em prol da inconstitucionalidade diz com o alcance da eficácia vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal inclusive em relação à administração pública municipal. Ainda que esta Corte não tenha competência para exercer o controle concentrado de constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais frente a Constituição Federal, a decisão que declarasse a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma federal ou estadual seria de observância obrigatória por toda a Administração Pública, inclusive a de Estados e Municípios que tivessem elaborado normas semelhantes. Mesmo que tal extensão seja oportuna, caberia estabelecê-la através de norma constitucional, não de simples lei ordinária, evitando-se restrições a normas consagradoras de direitos fundamentais. “A racionalização do processo de constitucionalidade não pode ser um fim em si mesmo, em detrimento dos direitos fundamentais decorrentes da Carta Magna”.⁷⁶ Assim, caberá ao próprio Supremo Tribunal Federal definir a questão, estabelecendo a interpretação que se há de atribuir ao parágrafo único do art. 28.

Questiona-se ainda, que a coisa julgada oponível *erga omnes* engessa o direito, pois a decisão que julga improcedente ação direta de inconstitucionalidade, declarando a constitucionalidade do dispositivo, inviabilizaria nova impugnação da norma.

Para Clèmerson Clève, de outro modo, a coisa julgada não congela de modo definitivo a jurisprudência do Supremo, pois a alteração das circunstâncias fáticas pode autorizar o deslocamento da compreensão constitucional de dada matéria. “Não está impedido o Supremo Tribunal Federal de, mais tarde, uma vez alterado o sentido da norma paramétrica ou mesmo da normativa-objeto, e quando devidamente provocado, decretar a inconstitucionalidade do dispositivo atacado”⁷⁷.

⁷⁶ DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do efeito vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e à arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: Revista Dialética de Direito Tributário N. 55, p. 70.

⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 240.

Quanto ao efeito vinculante, o Supremo também não fica impedido de julgar contrariamente ao que antes havia decidido, pois isto significaria a renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição⁷⁸. Para Bryde, a mudança de orientação poderá ocorrer desde que haja crítica fundada no entendimento anterior que justifique a alteração⁷⁹.

Entretanto, isto só é possível quando se trata do reconhecimento da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, pois a decisão só confirma a presunção de sua validade. Já na pronúncia de inconstitucionalidade, a lei ou ato normativa é cassada, sendo que tal decisão faz coisa julgada e tem eficácia *erga omnes*, portanto, não poderá mais ser revista, para que alcance seu escopo, que é o de proporcionar segurança jurídica.⁸⁰

5.2. Modelagem dos efeitos da decisão

A maior das inovações introduzidas pela Lei 9.868/99 é a possibilidade de modelagem dos efeitos, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, da decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 27).

Antes do surgimento da lei 9.868/99, embora a legislação brasileira não dispusesse expressamente sobre as conseqüências decorrentes da inconstitucionalidade, a doutrina e a jurisprudência se posicionavam a favor da nulidade, e não da anulabilidade, da lei inconstitucional. Resultava disso, que a decisão deveria produzir efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada. Aceitava-se, majoritariamente, a tese de que se considerasse algum efeito produzido sobre a égide da lei inconstitucional, estaria-se sobrepondo esta à Constituição. A insegurança jurídica que poderia advir nas relações jurídicas entre os

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira in Ação declaratória de constitucionalidade. Coord. Ivens Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104.

⁷⁹ Citado por, Gilmar Ferreira Mendes in Ação declaratória de constitucionalidade. Coord. Ivens Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 105.

⁸⁰ FERRARI, Regina M. Nery, op. cit., p.255.

particulares, pois a qualquer momento a lei em que se baseassem poderia ser fulminada pelo instituto da nulidade, não era capaz, para os defensores da tese da nulidade, para a aceitação dos efeitos sob o império da lei inconstitucional. Diziam que, se em nome da segurança jurídica os efeitos da declaração de inconstitucionalidade fossem *ex nunc*, o princípio maior da supremacia constitucional estaria sendo ferido, e não haveria maior insegurança do que esta. (vide capítulo 3)

A orientação do Supremo, até então, era no sentido da produção de efeitos contra todos e para o passado. Senão vejamos:

“A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito. A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional”⁸¹.

Para Gilmar Ferreira Mendes, no entanto, “a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais”⁸².

Este posicionamento, porém, esbarra ainda em parte da doutrina, como Luiz Cláudio Portinho Dias⁸³. Este, baseia-se primeiramente na Assembléia Constituinte de 1987/88, a qual rejeitou proposta no sentido de facultar ao Supremo Tribunal Federal a conferir ou não efeito retroativo à decisão declaratória de constitucionalidade.

⁸¹ Adin. 652-5-MA- Questão de Ordem- Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 02/04/1993, p. 5615.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. Anteprojeto de lei sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. In Revista dos Tribunais, cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº29, out./dez, 1999, p. 26

⁸³ In O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade dos atos normativos. In RT nº 754, ago/98, p.120-121.

Prossegue Portinho Dias, alegando que a realidade brasileira é diversa da realidade dos países europeus onde buscou-se o fundamento para se aplicar aqui a flexibilidade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (Alemanha, Áustria e, principalmente, no art. 282, IV, da Constituição Portuguesa). Segundo Dias, “a toda evidência, não se pode aceitar que as providências adotadas com sucesso em alguns países europeus (de superiores e incontestáveis índices de cultura e idoneidade política se comparados com o nosso país), surtiriam os mesmos frutos no sistema nacional”. Isto porque, entende que as novas modificações tem em comum a valorização de critérios políticos, refletidos nos interesses econômicos do Poder Público, em detrimento dos aspectos jurídicos constitucionais.

Entende, por fim, “que admitir a elasticidade dos critérios para a fixação da extensão do efeito de uma lei inconstitucional acarretaria na dispensa, nestes casos, do princípio da Supremacia da Constituição, que dá finalidade ao mecanismo de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público”.

Contrário a essa posição, parte doutrina propunha a modelagem de efeitos da decisão em ação direta, antes mesmo do advento da lei 9868/99, como já ocorria em outros sistemas de controle de constitucionalidade:

“Por estas razões, o Supremo Tribunal Federal poderia, caso por caso, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e auxiliado pelos princípios e técnicas da moderna interpretação constitucional, modular, no tempo, os efeitos de suas decisões ou não declarar a nulidade da norma inconstitucional até que intervenha o legislador, no molde do direito alemão, evitando um vácuo normativo que poderia ser mais prejudicial do que sua permanência no sistema.

Propõe-se, aqui, uma reformulação, por parte da jurisprudência, do conceito inconstitucionalidade/nulidade e a procura de novos critérios para a aplicação da sanção contra o ato normativo inconstitucional, tomando-se como pontos de partida o princípio da segurança jurídica e seus reflexos em relação à diversidade de situações jurídicas constituídas ou consolidadas em seu período de vigência”.⁸⁴

⁸⁴ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. op. cit., p. 42-43. Regina Nery Ferrari também se posiciona contrária ao entendimento que perdurou por muito tempo em nossa doutrina e jurisprudência, segundo o qual a nulidade afetaria *ab initio* a lei inconstitucional, “pode-se continuar afirmando que a retroatividade, *ex tunc*, da sentença que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo deve ser aceita com reservas, pois não existem mais dúvidas quanto ao fato de que, no campo dos fatos concretos, durante o tempo em que a norma era protegida pelo princípio da presunção de sua validade, consolidaram-se um sem-número de situações jurídicas que, se ignoradas, podem levar ao desvirtuamento da finalidade que o próprio direito visa alcançar, que é a justiça e segurança jurídica das relações sociais, para a realização da conseqüente harmonia da vida em sociedade”, op. cit., p.258.

O advento da Lei 9.868/99 permitiu que o Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro. “Assim, o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto* se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”⁸⁵.

Continua Gilmar Ferreira Mendes, entendendo que

“ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional”⁸⁶.

Deve, portanto, o Supremo Tribunal Federal, estar consciente da relevância da sua atuação no controle de constitucionalidade, ainda mais com a advento da Lei 9.868/99, lembrando sempre, como nos ensina Jorge Miranda, que “a fixação dos efeitos de inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; em última análise, destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela existência de inconstitucionalidade”⁸⁷.

5.3. Medida cautelar

Antes do advento da Lei 9.868/99 a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade encontrava previsão apenas nos artigos 102, I, p, da Constituição, e artigo 170, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Anteprojeto de lei..., p. 31.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ MIRANDA, op. cit., p. 390-391.

A Lei 9.868/99 regulamentou o procedimento na providência cautelar consolidando entendimentos que já vinham sendo adotados pelo Excelso Pretório.

Genericamente, as medidas cautelares têm como pressuposto o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Em ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal exige a presença de dois outros requisitos à concessão da providência cautelar: irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos atos impugnados e necessidade de garantir ulterior eficácia da decisão.⁸⁸

O artigo 10, da Lei 9.868/99, prevê que a medida cautelar na ação direta deve ser concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal⁸⁹.

A lei 9.868/99 dispõe, ainda, que o relator poderá ouvir o Advogado-Geral da União e o Procurador Geral da República, caso julgue indispensável. A oitiva destas autoridades, destarte, depende de um juízo valorativo do relator da ação⁹⁰. No julgamento do pedido, ao legitimado ativo e às autoridades ou órgãos que expediram o ato impugnado será ainda facultada a sustentação oral⁹¹. Em geral, a medida cautelar só poderá ser concedida após ouvidos os órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Em casos de urgência, contudo, admite-se a concessão da medida sem a mencionada audiência, nos termos do § 3º, do artigo 10, da Lei 9.868/99.⁹²

A decisão que concede a medida cautelar em ação direta tem eficácia *erga omnes*, devendo sua parte dispositiva ser publicada em seção especial do Diário Oficial no prazo de dez dias a contar do julgamento.⁹³

⁸⁸ CLÈVE, *op. cit.*, p. 235-237.

⁸⁹ Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

⁹⁰ § 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

⁹¹ § 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

⁹² § 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

⁹³ Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias.

Em consonância com a jurisprudência do Supremo, o parágrafo primeiro do art. 11 dispõe que ordinariamente a cautelar será concedida com eficácia *ex nunc*⁹⁴:

“Art. 11

...

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.”

Desta feita, em princípio, a cautelar deve suspender a execução do ato normativo impugnado, mas não o que se aperfeiçoou durante a sua vigência. O legislador, todavia, assegurou ao Tribunal a possibilidade de excepcionalmente atribuir eficácia retroativa à medida. O Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado neste sentido diante de situações em que a norma impugnada produz efeitos instantâneos (como a que desconstitui situações pretéritas), mas com repercussões ainda que indiretas para o futuro.⁹⁵

A lei 9.868/99 também possibilitou a medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade (artigos 21 e 22), mesmo havendo entendimento em sentido contrário diante do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos e de que a Emenda Constitucional nº 3/93 inseriu no texto constitucional apenas a concessão de medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (art. 102, I, letra p). Prevaleceu mais uma vez, porém, a jurisprudência do Supremo, admitindo a cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade.⁹⁶

Ao tratar da ação declaratória de constitucionalidade, a Lei 9.868/99 previu que a cautelar deve consistir na suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo até o julgamento definitivo, pelo prazo máximo de 180 dias⁹⁷. O capítulo que versa sobre a ação direta de

devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

⁹⁴ GAMA, Patrícia Calmon Nogueira da. Breves Anotações sobre o controle abstrato de constitucionalidade à luz da lei 9.868/99 In RT nº 778, ago/2000, p. 96.

⁹⁵ CLÈVE, op. cit., p. 237-238.

⁹⁶ GAMA, Patrícia Calmon Nogueira da. o.p. cit., p.97. Julgado ADC 04-DF, rel. Min. Sydney Sanches. j. 05.02.1998.

⁹⁷ art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e

inconstitucionalidade, contudo, não traz idêntico dispositivo. Apesar disso, o Supremo tem entendido que também a concessão de liminar em ação direta suspende o julgamento dos feitos em que incidentalmente o Tribunal deva proferir decisão sobre a mesma questão⁹⁸. Entretanto, como não foi fixado um termo final, a suspensão pode perdurar por tempo indeterminado.

Via de regra, a liminar produz efeitos repristinatórios, fazendo reviver, acaso existente, a norma anterior revogada pela norma impugnada. Também nesta hipótese o legislador previu que o Supremo pode expressamente se manifestar em sentido contrário.⁹⁹ Isto ocorre porque a norma reentrante pode ser evitada de vício ainda mais grave que a normativa impugnada ou ser absolutamente incompatível com a ordem constitucional. O Excelso Pretório deve, pois, apreciar cuidadosamente as consequências que a decisão judicial haverá de produzir antes de decidir revigorar a normatividade anterior.

os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

⁹⁸ ADIMC n. 1.244-SP, DJ 28.05.1999, Rel. Min. Néri da Silveira.

⁹⁹ Art. 11 (...) § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

6. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 102, §1º, a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, atribuindo à lei o dever de regulamentar tal instituto.

Assim, somente em dezembro de 1999, surge em nosso ordenamento a Lei 9.882, regulamentando novo tipo de ação de controle de constitucionalidade concentrado e podendo ser proposta pelos mesmos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Como a Constituição apenas previu que a regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental fosse feita por lei, não impondo expressamente limites, ficou a critério do legislador ordinário estabelecer toda regulamentação.

A Lei então criada suscitou muitas críticas¹⁰⁰ no sentido de que seus artigos afrontam diretamente princípios constitucionais, já tendo contra si, inclusive, uma ação direta de inconstitucionalidade (nº2231-8) proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Analisaremos adiante, alguns pontos relevantes da citada Lei, assim como, as críticas a ela elaboradas.

6.1. Objeto

Tem por objeto, a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público”, conforme dispõe o seu art. 1º.

¹⁰⁰ Sérgio Resende de Barros, por exemplo, conclui pela total inconstitucionalidade da Lei 9.882/99, “porque transforma uma simples argüição em ação direta, dando-lhe substância e forma não previstas na Constituição, nem por ela autorizadas ao legislador ordinário, cujo regramento não poderia ir além da forma como *será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição*. O que a Constituição autorizou à Lei foi estabelecer a forma processual e não substancial.” In TAVARES. André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Análises à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 197.

Não é a lesão a qualquer norma constitucional que permite o ensejo da referida ação, mas apenas os preceitos maiores da Constituição. Ocorre que a lei recém criada não estabelece, propositalmente, quais sejam os preceitos fundamentais. Sendo este conceito muito vago, demandará um trabalho doutrinário e jurisprudencial nesse sentido¹⁰¹.

Para André Ramos Tavares, preceito seria uma categoria geral, da qual os princípios e regras são espécies. Portanto, preceitos fundamentais são regras e princípios dotados de uma qualidade comum, a fundamentalidade. Fundamental é o preceito constitucional, seja explícito ou implícito, que apresenta-se como imprescindível, basilar ou inafastável. É, em suma, o que confere identidade própria a uma Constituição. “E, embora, se permita a mudança ou até a supressão de alguns desses preceitos, pela via reformadora (já que nem todos encontram-se acobertados pela garantia explícita da intangibilidade), pode-se seguramente afirmar que uma alteração mais extensa provocaria a mudança da própria concepção de Constituição até então vigente.”¹⁰²

Desta forma, a doutrina já vem se manifestando sobre quais seriam os preceitos fundamentais protegidos pela novel ação. Segundo Luiz Cavalcanti Mélega, preceito fundamental englobaria os princípios fundamentais, inscritos nos artigos 1º a 4º, do Título I, da CF e os princípios e regras constitucionais que estariam nas normas relativas aos direitos e garantias fundamentais enunciadas no Título II, da CF¹⁰³.

O *caput* do artigo 1º, da Lei 9.882/99, admite a arguição quando o descumprimento resultar de ato do Poder Público. Admite-se, desta forma, que qualquer ato estatal seja objeto do novel instituto, seja ele normativo ou não.

¹⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental In Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 30, jan/mar/2000, p.69.

¹⁰² In TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Análises à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 50-52.

¹⁰³ MÉLEGA, Luiz Henrique Cavalcanti. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: identificação do parâmetro de controle para os fins do art. 103, § 1º, da Constituição Federal. Repertório IOB de Jurisprudência. RJ-1, nº5/2001, p. 139.

Ausente, então, a obrigatoriedade de tal ato ser normativo, como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade.¹⁰⁴

O parágrafo único, inciso I, do art. 1º, estabelece que caberá também a ação “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Esta disposição traz importante novidade ao nosso sistema constitucional, qual seja a possibilidade do controle constitucional concentrado incidir sobre leis municipais, como também sobre leis e atos normativos anteriores à Constituição, não obstante a ADIn 2.231-8 ter alegado a inconstitucionalidade deste parágrafo. Isto pois, este estaria ampliando a previsão do art. 102, §1º da Constituição ao admitir a argüição nas hipóteses de relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluído os pré-constitucionais.

O artigo primeiro da Lei de Argüição, ao conter um parágrafo único, provocou algumas discussões acerca do modo de manifestação desse novo tipo de controle de constitucionalidade. Aditem, alguns autores, que o parágrafo único possibilita pensarmos num instituto completamente inédito em nosso ordenamento, o qual seria dotado de capacidade de atuação não só abstrata, mas também incidentalmente.

André Ramos Tavares denomina argüição autônoma aquela contida no *caput* do art. 1º da Lei de Argüição. Assim, esta modalidade é pertencente ao controle concentrado, pois será proposta direta e originariamente perante o Supremo, sem qualquer processo judicial anterior, sendo os legitimados para propor os mesmos para a ADIn.

Já argüição incidental, surge em função de um processo já instaurado e decorre da interpretação dada ao parágrafo único do art. 1º da Lei de Argüição. A argüição incidental teria objeto mais restrito do que a argüição autônoma, pois

¹⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. op. cit., p. 70; André Ramos Tavares in TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). op. cit., p. 62.

enquanto esta alcança qualquer ato do Poder Público, aquela só permite ser proposta frente a atos normativos, que podem ser federais, estaduais, municipais, ou pré-constitucionais e também porque a argüição de descumprimento do preceito fundamental deverá ser relevante. A argüição incidental, para Tavares, poderá ser proposta perante o Supremo por alguma das partes do processo judicial já instaurado, no qual se converta sobre questão constitucional que envolva preceito fundamental.¹⁰⁵

Ressalta-se, porém, que foi vetado o inciso II do artigo 1º, que possibilitaria a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” a legitimidade para propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental. O fundamento apresentado para o veto se preocupa com a elevação excessiva de ações apresentadas perante o Supremo, caso se permitisse que qualquer pessoa lesada ou ameaça possuísse legitimidade para a proposição. Diz ainda, que “a admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais”.

Resta, portanto, aguardar a interpretação do Supremo Tribunal Federal para aceitar, ou recusar, a argüição também como ação passível de ser proposta incidentalmente, só que neste caso o incidente não seria julgado perante o órgão de instância inferior, mas pelo próprio Supremo.

6.2. Subsidiariedade da ação

A natureza subsidiária da argüição de descumprimento de preceito fundamental é facilmente perceptível¹⁰⁶ quando da leitura do parágrafo 1º, do art. 4º da lei 9.882/99, que diz o seguinte:

¹⁰⁵ In TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). op. cit., p. 60-72.

¹⁰⁶ Há, porém, entendimento contrário à referida subsidiariedade da argüição. Para André Tavares, a argüição será sempre cabível quando houver descumprimento de preceito fundamental, pois quando de sua introdução em nosso ordenamento, desviam-se para ela todos os descumprimentos de preceitos fundamentais da Constituição, que antes pertenciam ao rol da ADIn. Portanto, o campo de atuação da ADIn é reduzido com o surgimento da argüição. “A argüição é medida tão primordial (ou principal) quanto a ação direta de inconstitucionalidade, apresentando mesma relevância superior, se se quiser”. Continua Tavares, apresentando a razão de uma medida específica voltada para os preceitos fundamentais violados, demonstrando a importância em se defender tais preceitos. Lamenta, entretanto, que o legislador não tenha apresentado fórmulas de julgamento privilegiado, com preferência sobre os demais e brevidade assegurada, o que ressaltaria, ainda mais a relevância em se proteger os

“Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

A leitura do citado parágrafo sugere duas interpretações distintas em relação à interposição da argüição de descumprimento de preceito fundamental contra decisão judicial.

A primeira, representada por Thomas da Rosa de Bustamante, sugere que meio “eficaz de sanar a lesividade”, provocada por decisão judicial, é qualquer recurso cabível contra essa decisão.

“Qualquer que seja o sentido atribuído pelo legislador à expressão ‘eficácia’, é razoável se presumir que o recurso para um outro órgão julgador, ou mesmo para o Supremo Tribunal Federal, nos casos contemplados pela Carta Magna, é um mecanismo eficiente para a proteção da norma constitucional supostamente violada. Conclusão contrária importaria numa contradição insuperável no sistema jurídico: a inexistência de eficácia na decisão de um Tribunal ao reformar a decisão recorrida”.¹⁰⁷

Segundo este pensamento, a argüição de descumprimento de preceito fundamental não seria cabível, portanto, contra decisão judicial, pois contra esta sempre haverá recurso oponível.

Gilmar Ferreira Mendes tem entendimento contrário, posto que, se a possibilidade de interposição de qualquer recurso impedisse a proposição de argüição de descumprimento de preceito fundamental, caracterizaria a ausência de definição da controvérsia, pois a diversidade de soluções nas instâncias inferiores acarretaria na violação do princípio da segurança jurídica. Este sim um preceito fundamental. Além do que, nos processos de massa, a utilização de qualquer recurso dentro do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela

maiores preceitos da nossa Constituição, in TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius(Org.) (Org.). op. cit., p. 42-48

¹⁰⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela Lei nº 9.822, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de inconstitucionalidade?. janeiro/2000. www.infojus.com.br.

plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido, o efeito inter-partes.¹⁰⁸

Ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, como também as outras ações de controle concentrado, possui perfil objetivo, ou seja, não há conflito inter-partes, sendo a legitimação ativa diversa das formas ordinárias de controle de constitucionalidade do sistema difuso. Conseqüentemente, impossibilita uma autêntica relação, seja ela de subsidiariedade ou não, entre o novel instituto e das tais formas difusas de fiscalização da constitucionalidade.¹⁰⁹

Desta forma, a subsidiariedade da nova ação deverá apenas ser considerado frente às outras ações objetivas, ou seja, às ações pertencentes ao controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Não sendo cabível estas, possibilitará a interposição da arguição de descumprimento de preceito fundamental, não sendo relevante a possibilidade de recurso ou não. A multiplicação de processos e decisões sobre um mesmo tema constitucional “reclama a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia”¹¹⁰, para que seja preservada a segurança jurídica do sistema jurídico. O próprio Supremo indicava, quando do julgamento da ADC nº1¹¹¹, a necessidade de processo objetivo capaz de solver a controvérsia constitucional nos processos de massa de forma objetiva, geral e imediata, já que os processos ordinários e mesmo o extraordinário não eram competentes para tanto.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. . Repertório IOB de Jurisprudência, RJ-1, nº23/2000, p. 603.

¹⁰⁹ Idem

¹¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹¹ o Ministro Sepúlveda da Pertence, na ADC nº1, disse que a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado “não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismo eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito” In MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p.604.

O novo instituto surgiu, portanto, para ampliar o controle de constitucionalidade, principalmente quanto aos preceitos fundamentais, abarcando, nesse sentido, as situações que as outras formas de controle constitucional concreto não alcançavam, como a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre atos estatais não legislativos e sobre leis municipais e leis pré-constitucionais.

6.3. Efeitos da decisão

A decisão na argüição de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, §3º).

Em geral, a decisão terá efeito *ex tunc*, mas poderá ter seus efeitos restringidos ou eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 11).

A possibilidade da modelagem temporal dos efeitos da decisão em controle concentrado de constitucionalidade foi introduzida em nosso ordenamento através da Lei 9.868/99, tanto para a ação direta de inconstitucionalidade, como para a ação declaratória de constitucionalidade.

Como os efeitos da decisão em argüição de descumprimento de preceito fundamental são semelhantes aos da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade, por economia, nos reportamos aos pontos 5.1 e 5.2 desta mesma monografia.

6.4. Medida Cautelar

A exemplo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, a Lei 9.882/99 prevê a possibilidade da concessão de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental, desde que por maioria absoluta de votos entre os membros do Supremo Tribunal Federal (art. 5º).

A liminar poderá “consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”. (parágrafo 3º, do art. 5º da Lei 9.882/99).

A ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela OAB, alegou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º, do art. 5º da Lei 9.882/99, posto que viola os princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural e do pluralismo, ao prever a suspender o julgamento de processos em outras instâncias onde há o mesmo objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A corrente doutrinária posicionada contra a eventual inconstitucionalidade da Lei 9.882/99, entende que, por ser o novel instituto instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, portanto, espécie de processo objetivo, não se submete aos princípios do processo subjetivo, como o do devido processo legal e do juiz natural. Tal parágrafo, segundo eles, “traz maiores subsídios para assegurar a eficácia dos preceitos constitucionais fundamentais, evitando que os Tribunais, muitas vezes, continuem a aplicar normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal”. Posição esta, corroborada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹¹²

Sobre a alegação da infração ao princípio do juiz natural e, conseqüentemente, da limitação ao controle de constitucionalidade difuso, os autores defensores da constitucionalidade da Lei 9.882/99 combatem esta tese dizendo da função de ligação do novo instituto. Este faria uma necessária ligação entre os sistemas de controle difuso e concentrado, pois possibilitaria que uma questão tratada na via de defesa seja levada a um processo de decisão *erga omnes*.¹¹³

¹¹² SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Repertório IOB de Jurisprudência. RJ-1, nº17/2000, p.445-446. Manifestou-se no mesmo sentido o STF em julgamento da questão de ordem levantada na ADC nº01-1/DF, pelo Ministro Moreira Alves.

¹¹³ BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. op. cit., p. 77.

Entretanto, não obstante os esforços em sentido oposto, parece-nos que o parágrafo 3º, do art. 5º, da Lei 9.882/99, padece sim, de inconstitucionalidade. A propósito, merece crédito a crítica de Thomas da Rosa de Bustamante, a qual deve, perfeitamente, ser estendida ao art. 21 da Lei 9868/99 (que da mesma forma trata da suspensão do julgamento das ações judiciais quando da concessão de liminar em ação declaratória de constitucionalidade):

“A possibilidade de suspensão de todos os feitos com base em medida liminar chega perto do absurdo, pois pretende atribuir efeito vinculante a uma decisão que sequer é definitiva (a referente à concessão liminar).

A propósito, a própria possibilidade de atribuição de efeito vinculante à decisão já é em si questionável, uma vez que, em tese, não caberia à norma de estatura infraconstitucional dispor sobre os efeitos de outra de índole superior.

A regra jurídica do artigo 5º, parágrafo 3º, padece de inconstitucionalidade, pois suprime a jurisdição de todos os órgãos jurisdicionais, esvaziando o instituto do controle incidental de inconstitucionalidade, implicitamente contemplado na Constituição Federal de 1988. Observe-se que a jurisdição constitucional exercida pelos Juizes singulares e Tribunais advém da própria Carta Política, que desenhou um sistema de competências que não poderiam ser modificadas senão através de Emenda Constitucional, observado o processo legislativo estabelecido no artigo 60 e parágrafos.

(...).

A empreitada da Lei 9.882/99 nada mais pretendeu do que, por via oblíqua, por termo final ao controle difuso de constitucionalidade, com a brutal redução da competência dos Juizes de primeira instância e dos Tribunais Regionais, aos quais foi constitucionalmente confiada, na via incidental, a tarefa de fiscalização da constitucionalidade.

Desse modo, a disposição do artigo 5º, parágrafo 3º da lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental é inconstitucional, pois restringe uma competência que tem fincas na Constituição Federal. **Noutros termos, a possibilidade de suspensão ou interrupção de processos ou mesmo de efeitos de decisões judiciais que pronunciassem pela inconstitucionalidade de uma regra jurídica somente poderia ser veiculada caso houvesse, anteriormente, uma Emenda Constitucional modificando o controle de constitucionalidade incidental ou pelo menos restringindo-o expressamente**”(grifos nossos).¹¹⁴

Assim, das possíveis inconstitucionalidades levantadas contra a Lei 9.882/99, a mais convincente é esta, que impugna o parágrafo 3º, art. 5º, que prevê a suspensão dos processos em andamento que tem por objeto a lei ou ato normativo questionado em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

¹¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. op.cit.

CONCLUSÃO

A presente monografia não pretendeu, acerca do tema estudado, propor uma nova teoria. Não é este o objetivo de uma monografia de final de curso de Bacharelado em Direito.

O controle constitucional é tema que ainda suscita muitos debates doutrinários no direito pátrio e que depende também, em alguns casos, na ausência de previsão legislativa, de construção jurisprudencial decorrente dos julgados do STF.

Pretendeu a monografia, portanto, abordar um tema que está longe de ser pacificado em nosso meio jurídico, qual seja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não obstante o fato de duas recentes leis regulamentarem este tema.

Assim, o trabalho monográfico expôs as diversas correntes em torno da natureza do ato inconstitucional e sobre os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade.

A primeira grande discussão, e a que deu origem às demais, é sobre a natureza do ato inconstitucional. Ou seja, o ato inconstitucional é anulável como tratou de idealizar Kelsen, pensamento que foi seguido pelos ordenamentos jurídicos europeus que adotaram o sistema concentrado de constitucionalidade, ou seria nulo de pleno direito, não sendo reconhecido nenhum efeito aos atos praticados sob a égide da lei impugnada, como adota o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade difuso.

Ocorre, que o Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, tanto o incidental-difuso, como o abstrato-concentrado. É um sistema muito complexo que não admite adotarmos um ou outro exemplo (ou o sistema norte-americano ou o sistema europeu) integralmente sem restrições. Mas é isto que sempre aconteceu. A doutrina majoritária sempre viu no sistema norte-americano um exemplo a ser seguido incondicionalmente, posição com a qual STF sempre concordou.

Concordamos, porém, com a tese da anulabilidade do ato declarado inconstitucional, uma vez que não podemos admitir que todos os atos consumados anteriores à declaração de inconstitucionalidade sejam fulminados pelo instituto da nulidade, não reconhecendo os efeitos jurídicos produzidos sob a sua égide.

Ao considerar a nulidade de forma absoluta de todas as leis ou atos normativos, sem considerar o caso concreto, fazendo retroagir os efeitos dessa nulidade é, sim, estabelecer uma insegurança jurídica tal que leva o cidadão comum a não saber se os negócios jurídicos por ele praticados serão ou não questionados, pois a nulidade poderia ser argüida a qualquer tempo.

As leis 9882/99 e 9868/99, ao possibilitarem ao Supremo Tribunal Federal de estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por maioria absoluta de seus membros, permitiram que fosse realizado um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional frente aos postulados de segurança jurídica e do interesse social de outro. Não cabe mais, portanto, o rigor da nulidade, quando declarado inconstitucional um ato normativo. A complexidade da vida moderna e, conseqüentemente, o crescimento do número de leis e de negócios jurídicos, estariam atingidos pela total insegurança jurídica devido à possibilidade de serem atingidos pela nulidade absoluta.

Criticou-se a modelagem dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por entenderem que as referidas leis surgiram em socorro ao Governo Federal. Este, notoriamente emite atos normativos inconstitucionais e, portanto, continuaria propositalmente os emitindo, pois agora conta com a possibilidade de ter seus efeitos validados pelo STF, pelo menos até a declaração de inconstitucionalidade. O temor deve estar fundado, principalmente, em atos normativos de espécie tributária, quando um tributo for criado, ou mesmo quando uma alíquota for elevada. Teme-se, nestes casos, pela declaração de inconstitucionalidade com efeitos futuros apenas, com o Estado se enriquecendo de forma ilícita ao ser reconhecido os efeitos anteriores à declaração de inconstitucionalidade.

Este temor, entretanto, é infundado. Só teriam razão, estes autores, se o STF fosse um órgão que atuasse junto com o Executivo, nos interesses deste. Não é,

evidentemente, o caso. O STF é órgão totalmente desvinculado da atuação do executivo, além do que, somente será alterado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade quando a maioria absoluta de seus membros assim o julgar, e não apenas a maioria simples.

Não há sentido em duvidar da idoneidade do STF. Este, é o guardião da Constituição Federal, é a nossa mais alta corte judiciária. Desacreditá-lo, é colocar em questão todos os órgãos do Poder Judiciário, é fazer com que o cidadão comum questione todas as decisões judiciais.

O juiz não é mero aplicador das leis. Ele deve interpretá-las à luz da Constituição, dos princípios gerais do direito e buscando sempre a Justiça. Ao permitir a modelagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, estará o STF considerando os efeitos sociais que a decisão de nulidade causaria, podendo, desta forma, restringir seus efeitos. Esta flexibilidade impede que a declaração de inconstitucionalidade imponha uma situação social demasiadamente gravosa.

Entendemos não haver qualquer inconstitucionalidade na permissão ao Supremo em modelar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Ressalta-se, que não há na Constituição qualquer dispositivo contrário a essa permissão. Ao aplicar a teoria da nulidade, o STF atendia à doutrina majoritária que, por sua vez, seguia o modelo adotado nos Estados Unidos da América, mas que nunca foi previsto expressamente em nosso ordenamento. Portanto, a adoção da teoria da nulidade do ato inconstitucional é decorrente de construção jurisprudencial e doutrinária.

A evolução constitucional apontou, entretanto, para a modelagem dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, culminando nas Leis 9.868/99 e 9.882/99. Presente agora, em nossa legislação, dispositivo que trata dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Entendemos, porém, que embora as Leis 9.868/99 e 9.882/99 representem uma evolução em nosso sistema de controle de constitucionalidade, alguns de seus dispositivos são dotados de inconstitucionalidade.

Não podemos aceitar que uma Lei ordinária suprima competência delimitada constitucionalmente. E isto ocorre com o artigo 21 da Lei 9.868/99 e o § 3º, do artigo 5º da Lei 9.882/99. Estes tratam, respectivamente, da medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade e na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A liminar concedida poderá consistir na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação ou da argüição até seu julgamento definitivo.

Ora, a Constituição Federal de 1988 contempla o sistema misto de controle de constitucionalidade, não podendo, assim, norma infraconstitucional suprimir a jurisdição de todos os órgãos judiciais, ainda mais com uma decisão que ainda não é de mérito. Tal limitação, evidentemente, só seria permitida através de Emenda Constitucional e não de uma norma ordinária.

A evolução do nosso sistema constitucional parece apontar para um inevitável aprimoramento do controle concentrado em detrimento do controle difuso. O que não podemos concordar é a forma com que algumas transformações vêm sendo adotadas, pois atentam contra o sistema constitucional ao permitir que uma lei ordinária restrinja competência prevista na Constituição Federal.

8. APÊNDICES

8.1. Lei nº 9868/99

LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.

Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO II

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;

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.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º. (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

CAPÍTULO III

DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da

Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- III - a Mesa do Senado Federal;
- IV - o Procurador-Geral da República.

Art. 14. A petição inicial indicará:

- I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;
- II - o pedido, com suas especificações;
- III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

Art. 15. A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 16. Proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

Art. 17. (VETADO)

Art. 18. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 19. Decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias.

Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

CAPÍTULO IV
DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
E NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Art. 25. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

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.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

CAPÍTULO V
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Art. 29. O art. 482 do Código de Processo Civil fica acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 482.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

Art. 30. O art. 8º da Lei no 8.185, de 14 de maio de 1991, passa a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos:

"Art. 8º

I -

n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica;

§ 3º São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I- o Governador do Distrito Federal;

II - a Mesa da Câmara Legislativa;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal;

V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais;

VI - os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

§ 4º Aplicam-se ao processo e julgamento da ação direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios as seguintes disposições:

I - o Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade;

II - declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Lei Orgânica do Distrito Federal, a decisão será comunicada ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias;

III - somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Distrito Federal ou suspender a sua vigência em decisão de medida cautelar.

§ 5º Aplicam-se, no que couber, ao processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal."

Art. 31. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de novembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Carlos Dias

8.2. Lei nº 9882/99

LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.

Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (VETADO)

Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§ 2º (VETADO)

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º (VETADO)

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de dezembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Carlos Dias

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROS, Sérgio Resende de. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Análises à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p.180-197.

BASTOS, Celso Ribeiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; Gilmar Ferreira Mendes(Coord). Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 35-38.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 30, jan/mar/2000, p.69-77.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Atualizado por José Aguiar Dias. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3.ed. Coimbra: Almedina.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2000.

DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do efeito vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e à arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº. 55, p.51-70.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade dos atos normativos. In RT nº 754, ago/98, p. 99-122.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz. O controle de constitucionalidade e teoria da receptação. São Paulo: Malheiros.

FERRARI, Regina Maria Nery, Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GAMA, Patrícia Calmon Nogueira da. Breves Anotações sobre o controle abstrato de constitucionalidade à luz da lei 9.868/99. In RT nº 778, ago/2000, p. 91-99

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, tradução de João Batista Machado, 6ª ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LACERDA, Belizário Antônio. Inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato normativo? In RT nº 762, abril/99, p.98-105.

MARTINS, Mônica. Dos efeitos da declaração de Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão. Cadernos de Pós-Graduação em Direito da UFPA, trabalho apresentado à disciplina de Direito Constitucional I, Mestrado. Belém, 1996, p. 143-177.

MÉLEGA, Luiz Henrique Cavalcanti. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: indentificação do parâmetro de controle para os fins do art. 103, § 1º, da Constituição Federal. Repertório IOB de Jurisprudência, RJ-1, nº5/2001, p. 139-142.

MELLO, José Luiz de Anhaia. Da separação dos Poderes à guarda da Constituição. São Paulo: RT, 1968.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A teoria das constituições rígidas. 2ª ed. , São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade e demonstração da existência de controvérsia judicial. Revista Jurídica Virtual nº9, fev./2000, www.planalto.gov.br.

_____. Anteprojeto de lei sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. In Revista dos Tribunais, cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº29, out/dez, 1999, p. 24-36

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. Repertório IOB de Jurisprudência, RJ-1, nº23/2000, p. 603-605

_____. Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998, p.412

_____. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1998, p.202-203

_____. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; Gilmar Ferreira Mendes(Coord). Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 51-106.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, tomo II, 2ª ed. Coimbra, 1983, p.387.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Controle da constitucionalidade das leis. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Repertório IOB de Jurisprudência, RJ-1, nº17/2000, p.443-449.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19ª ed. rev . ampl. São Paulo: Malheiros, 2001

TAVARES, André Ramos. Tribunal e jurisdição constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Análises à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p.38-76.

TEMER, Michel in Elementos de direito constitucional. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.