

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

HÉLISSON BARROS

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

**CURITIBA
2013**

HÉLISSON BARROS

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof^a. Aline Koentopp.

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

HÉLISSON BARROS

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2013.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	1
1 CONTEXTO HISTÓRICO	5
1.1 ONDE SURTIU, COMO NASCEU O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	5
1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	7
2 SUPREMACIA E RIGIDEZ DA CONSTITUIÇÃO	14
3 NULIDADE OU ANULABILIDADE DA LEI OU DO ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL	16
4 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE INCIDENTAL	22
5 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO DIRETA	30
5.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	32
5.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	40
5.3 AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	43
5.4 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE	45
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

RESUMO

A referida pesquisa teve como ponto de partida a indagação sobre o surgimento do controle de constitucionalidade, de modo a elucidar onde surgiu e como nasceu este instituto clássico do direito constitucional. É feita uma breve análise a partir das Constituições do Brasil, no sentido de averiguar como às inúmeras Cartas Magnas abordavam o tema. Sustenta-se a supremacia e a rigidez da Constituição como apetrechos para o controle de constitucionalidade. Nada obstante, é verificada a natureza jurídica da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional. À frente, examinam-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle incidental e em sede de ação direta, ressaltando a utilização pelo STF e demais Tribunais no uso do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que possibilita a modulação dos efeitos temporários.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; supremacia e rigidez; efeitos da declaração de inconstitucionalidade; natureza jurídica da declaração; controle incidental e controle em ação direta.

INTRODUÇÃO

A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, é o centro gravitacional para a elaboração das leis e demais atos normativos. Foi sob este fundamento, basicamente, que a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 sedimentou um novo modelo em matéria de jurisdição constitucional no Brasil. Com a ampliação dos legitimados a propositura das ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal aumentou-se a jurisprudência da Corte sobre o tema do controle de constitucionalidade, o que indica uma maior preocupação da sociedade brasileira com o respeito aos princípios e direitos estabelecidos na Constituição.

Corriqueiramente o controle de constitucionalidade é arguido, seja pelo Poder Executivo, por meio do veto presidencial, seja pelo Legislativo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça, seja pelo Poder Judiciário, que é o modelo comum de fiscalização e guarda da Constituição, por meio do controle incidental ou ação direta. Assim, o tema é de extrema utilidade e relevância.

A presente pesquisa teve por direcionar o tema aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, porquanto mais do que se declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, é relevante verificar quais são as consequências desta declaração de incompatibilidade entre a lei e a Constituição. Ao se propor um estudo sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei, surge o problema de sabermos como ficariam as situações que criaram direitos, estabeleceram relações jurídicas.

Com efeito, realiza-se a revisão bibliográfica sobre o tema, analisando a respectiva evolução doutrinária, jurisprudencial e normativa, aprofundando o estudo sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle incidental e em ação direta, lembrando sempre que, a Constituição é o filtro para a realização de leis e demais atos jurídicos.

Não há que se questionar que existem várias obras, artigos, estudos sobre o tema posto em discussão, no entanto, pretendeu-se, aqui, reunir as principais obras recentes, que visem acrescentar o ainda não frequentado.

Do mesmo modo, o ora trabalho traz na própria fundamentação a ementa dos julgados, essencialmente do Supremo Tribunal Federal, a fim de facilitar o conteúdo estudado.

Quanto aos pontos elencados, abordam-se o contexto histórico, os fundamentos que ensejam a fiscalização, a natureza jurídica da declaração de inconstitucionalidade: se declaratória (*ex tunc*) ou se constitutiva (*ex nunc*), os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle incidental, a nova perspectiva do STF sobre o controle difuso e seus efeitos (Reclamação 4335/AC), bem como os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em ação direta, ressaltando a utilização pela Corte do art. 27 da Lei nº 9.868/99 que permite a modulação dos efeitos temporários ante a presença dos requisitos: formal e material.

O caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, foi o grande embate judicial que originou o controle de constitucionalidade. Lá restou encartado pela Suprema Corte americana a supremacia da Constituição, o efeito vinculante da decisão e o Poder Judiciário como o órgão responsável pelo cuidado e vigilância da Carta Magna.

A par disso, cumpria-nos verificar de que maneira o ordenamento brasileiro recebeu o instituto. É então que aduzimos, ainda que sucintamente, o longo caminho percorrido pelo instituto durante as várias Constituições da República Federativa do Brasil, traçando as principais características sobre o controle de constitucionalidade previsto em cada Constituição.

À frente, adentramos propriamente no tema demonstrando a natureza jurídica da decisão que declara a inconstitucionalidade, que pode ser declaratória (teoria da nulidade) ou constitutiva (teoria da anulabilidade). Prudente é a análise se a lei ou ato normativo declarado inconstitucional são nulos ou anuláveis, porquanto tais características enunciam efeitos temporários distintos. Se considerado nulo a decisão possuirá efeitos *ex tunc*, retroagindo a declaração de invalidade da lei até o seu nascimento. Se considerada constitutiva a decisão possuirá efeitos *ex nunc*, não retroagindo a declaração de invalidade da lei até o seu nascimento, mas passando a surtir efeitos a partir do trânsito em julgado que assim decidir.

No direito brasileiro pondera a teoria da nulidade em face da teoria da anulabilidade. O STF assenta que a máxima consequência da incompatibilidade do texto com a Constituição é a sua nulidade. Assim, lei inconstitucional é lei nula. Não obstante, a própria Corte estabelece algumas situações em que a regra da nulidade não deve ser aplicada. São situações excepcionais em que deve haver demonstração objetiva de qualquer risco à segurança jurídica ou excepcional interesse social. Entra em cena então o contido no art. 27 da Lei nº 9.868/99, que

possibilita a modulação dos efeitos temporários para frente, após o trânsito em julgado ou qualquer outra data (é o que a doutrina chama de efeito diferido).

Em controle incidental a regra é que a declaração de inconstitucionalidade surte efeitos somente entre as partes litigantes – *inter partes*. Não há efeito vinculativo aqui. Assim, como exemplo, o Tribunal pode decidir pela inconstitucionalidade de uma lei e o juiz de primeiro grau entender pela sua constitucionalidade. Quando o STF exerce esta modalidade de controle de constitucionalidade por meio do recurso extraordinário ele deve após a declaração de inconstitucionalidade comunicar o Senado Federal, para que haja a suspensão da lei. É o que preconiza o art. 52, X, da CF. Atualmente, no entanto, questiona-se esta regra na Reclamação 4335/AC. Pretende-se com a referida ação afirmar a desnecessidade de comunicação ao Senado. Destarte, a declaração de inconstitucionalidade em recurso extraordinário, exercido de modo difuso pelo STF, passaria a ter os mesmos efeitos da arguição em ação direta - efeitos *erga omnes*. O julgamento da Reclamação iniciado em 2007 conta com os seguintes votos dos Ministros: Gilmar Mendes, Eros Grau, que julgam procedente; Sepúlveda Pertence, que julga improcedente; Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, que não conhecem. No momento, 29.08.2013, os autos retornaram da vista do Min. Teori Zavascki.

Em ação direta a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos *erga omnes* e vinculantes. Quando o STF se pronuncia sobre a invalidade de uma lei em ação direta, a pronúncia da Corte vale para todos. Igualmente, os demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo devem atender e respeitar a decisão, não podendo agir de maneira contrária. Diferentemente do que ocorre no controle incidental, não há necessidade do STF comunicar o Senado. Neste modelo de arguição é comum a utilização pela Corte da modulação dos efeitos temporários, art. 27 da Lei nº 9.868/99 desde que preenchidos os requisitos: formal e material.

É destacado os efeitos da declaração em ação direta de inconstitucionalidade, em ação de inconstitucionalidade por omissão, em arguição de descumprimento de preceito fundamental e em ação declaratória de constitucionalidade. Todas estas ações ou remédios constitucionais buscam, de alguma maneira, aferir a compatibilidade do ato comissivo ou omissivo com a Constituição.

Cumprе destacar, por derradeiro, que a presente pesquisa não exarou o tema por completo. Sabemos que o controle de constitucionalidade é um tema extremamente abrangente, no qual é possível inferir diversos assuntos. No entanto, o manifesto trabalho serve de base para explorar novos relevos ainda não pisoteados.

1. CONTEXTO HISTÓRICO.

1.1 ONDE SURTIU, COMO NASCEU O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, é o centro gravitacional para a elaboração das leis e demais atos normativos. Foi sob este fundamento, basicamente, que a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida.

A Constituição serve como um filtro, sendo que a legislação deve passar por ela. O controle de constitucionalidade significa, nada mais que, examinar a compatibilidade de uma lei com a Constituição, examinando os pressupostos formais e materiais.

O controle de constitucionalidade nasceu nos Estados Unidos com o caso *Marbury vs. Madison*, em 1803. Referido caso deu ensejo à primeira decisão na qual a Suprema Corte americana afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação de normas incompatíveis com a Constituição.¹

Cumprido asseverar, entretanto, que a ideia de controle de constitucionalidade já havia sido utilizada muito antes, em 1780, quando a Justiça do Estado de New Jersey declarou inválida uma lei por ser incompatível com a Constituição do Estado. Neste sentido pondera Clémerson Merlin CLÉVE:

Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância da idéia. Ela já era corrente na jurisprudência (...). A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juizes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação.²

Nada obstante, foi com *Marbury vs. Madison*, que efetivamente inaugurou-se o *judicial review*.

Vejamos o caso, de maneira resumida, desde o início.

¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

² CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64.

Em 1800 ocorreram eleições nos Estados Unidos, na qual se saíram vencedores os republicanos, tanto para o Legislativo como para o Executivo. O novo presidente eleito foi Thomas Jefferson. Quem governava antes das eleições, entretanto, eram os federalistas, sob a presidência de John Adams.³

Com efeito, a fim de manter a ideologia federalista, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda possuíam a maior parte, serviram-se através do Poder Judiciário. Elaboraram e fizeram aprovar, em 13 de fevereiro de 1801, uma lei de reorganização do Judiciário federal, por via da qual, dentre outras providências: i) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava (Thomas Jefferson); ii) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado.⁴

O Executivo e o Legislativo seriam dos republicanos, enquanto que o Judiciário permaneceria no poder dos federalistas, esta era a pretensão de John Adams e seu governo.

A partir destes fatos que o caso *Marbury vs. Madison* entrou em cena.

Thomas Jefferson tomou posse como Presidente dos Estados Unidos e nomeou como seu Secretário de Estado James Madison. O Presidente, então, não concordando com a nomeação do seu antecessor na criação dos cargos para juízes, negou investidura àqueles ainda não empossados. Dentro destes não empossados, estava William Marbury, que ajuizou ação judicial perante a Suprema Corte, a fim de que fosse reconhecido seu direito ao cargo.⁵

O presidente da Suprema Corte, John Marshall, aquele que outrora era também Secretário de Estado do governo de John Adams, ficou encarregado de julgar o caso *Marbury vs. Madison*.

Em síntese, Marshall sustentou em seu voto o direito de Marbury ser investido no cargo. Do mesmo modo, defendeu correto o remédio constitucional utilizado para assegurar o direito. E, por fim, consignou que a Suprema Corte era legítima para julgar a lide. Luís Roberto BARROSO, quanto ao tema, ressalta que:

Ao expor suas razões, Marshall enunciou três grandes fundamentos que justificam o controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: "Todos

³ Ibidem, p. 3.

⁴ Ibidem, p. 4.

⁵ Idem.

aqueles que elaboraram constituições escritas encararam-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes rege a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam”.⁶

Destarte, verificam-se três motivos que ensejam o controle de constitucionalidade a partir dos fundamentos utilizados por Marshall para julgar o caso *Marbury vs. Madison*: primeiro, a supremacia da Constituição; segundo, a nulidade da lei que contraria a Constituição e terceiro, o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição.

Por derradeiro, interessante trazer ainda as sábias palavras de Luís Roberto BARROSO quanto aos reflexos do caso *Marbury vs. Madison*:

Marbury vs. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.⁷

Firma-se a supremacia da Constituição, o Poder Judiciário como o órgão competente para o julgamento de normas em incompatibilidade com a Constituição e como o intérprete desta.

1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.

O direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1824, desconheceu o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos. Não houve previsão legal para tal finalidade. O poder constituinte originário ao elaborar a

⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁷ *Idem*.

Constituição de 1824 foi omissa quanto ao tema da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Nesta época, o controle era exercido pelo próprio Poder Legislativo, que era o órgão competente para criar, interpretar, suspender e revogar as leis. Clémerson Merlin CLÉVE afirma categoricamente:

Cabia ao Poder Legislativo, durante o Império, exercer a guarda da Constituição (art. 15, 9). Não havia, entretanto, na Constituição, uma palavra a respeito do modo como essa “guarda” seria exercitada. O projeto de Constituição que a Assembléia Constituinte discutia em 1823, conquanto silenciasse a respeito do modo como a fiscalização seria atuada pelo Legislativo, era mais completo pois definia (art. 266) que “todas as leis existentes, contrárias à letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum valor”.⁸

Na Constituição de 1891, sob o regime republicano, é que o controle judicial de constitucionalidade se incorporou e ganhou espaço.

Com efeito, salientam Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO se referindo à Constituição provisória de 1890, que serviu de base para a Constituição de 1891:

A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º, a e b).⁹

Ressalte-se que este modelo de controle de constitucionalidade era baseado naquele utilizado pelo sistema norte-americano, que tinha como característica o controle difuso, em que o juiz ou o tribunal analisava no caso concreto a incongruência da lei com a Constituição.

A fim de concretizar esta sistemática de controle difuso, é que, em 1894, elaborou-se a Lei nº 221, que no art. 13, § 10, trazia a seguinte regra: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade(s) das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Consolidava-se, assim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro.

⁸ CLÉVE, op. cit., p. 81.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.035.

Com a Constituição de 1934 houve significativas reformas, contudo, manteve-se o modelo anterior de controle difuso. A Constituição de 1934 regulamentou com mais precisão a matéria, introduzindo novas regras.

A partir do artigo 179, nos tribunais, a inconstitucionalidade somente poderia ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Ademais, passou ao Senado Federal a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (artigos 91, IV, e 96). Buscou-se com tal deliberação conferir efeitos *erga omnes* às decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal. Por derradeiro, a Constituição de 1934 criou a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal.¹⁰

A Carta de 1937, em contrapartida, traduziu um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade, conforme assentam Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO:

Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, b e c), preservando, inclusive, a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, 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, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.¹¹

A lei declarada inconstitucional, deste modo, deveria passar pelo crivo do Parlamento. Estabeleceu-se uma especial modalidade de revisão constitucional. Se o Judiciário julgasse inconstitucional determinada lei, de forma discricionária o Chefe do Executivo poderia restabelecê-la enviando ao Parlamento. É notável, aqui, a concentração de poderes nas mãos do Executivo e o enfraquecimento do Legislativo e do Judiciário.

Adiante, a Constituição de 1946 inaugurou a ação declaratória de inconstitucionalidade para intervenção.

O artigo 7º, inciso VII, da mencionada Carta Magna, prescrevia que: “o Governo Federal não intervirá nos Estados salvo para assegurar a observância dos

¹⁰ CLÉVE, op. cit., p. 85.

¹¹ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1.038.

seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário”.

O objeto da ação direta interventiva era tão somente responsabilizar os entes federativos pela desobediência à Constituição. Não se cuidava, ainda, de uma forma de controle abstrato das normas, com eficácia *erga omnes*. Ressaltam Ingo Wolfgang SARLET, Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO:

Releva notar, porém, que esta via não surgiu para permitir o controle abstrato das normas, com eficácia *erga omnes*, mas para dar à União, representada pelo Procurador-Geral da República, o poder de ver resolvido conflito em face de ente federativo, acusado de violação de dever imposto pela Constituição.¹²

Em nota de rodapé, os referidos autores demonstram que em alguns casos o STF efetivamente utilizou tal instituto para exercer o controle abstrato de artigos de constituições estaduais. Foi o que ocorreu na Representação Interventiva n. 94, em 1947, na qual era relator o Ministro Castro Nunes. O STF declarou inconstitucionais os artigos da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul que estabeleciam a forma de governo parlamentarista para aquela unidade federativa.¹³

A partir da Emenda Constitucional 16, de 26.11.1965, é que realmente se confirmou a primeira manifestação de controle abstrato na história do direito brasileiro. A mencionada Emenda Constitucional expandiu a competência originária do STF, em vista daquela competência prevista na Constituição de 1946. A alínea *k* do artigo 110, I, alterou a competência originária do STF, introduzindo dessa forma para processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Além disso, a Emenda possibilitou ao legislador disciplinar a matéria sobre o controle de constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição estadual (artigo 124, inciso XIII). Nestes casos, a competência para julgar a ação seria do Tribunal de Justiça do Estado.¹⁴

Observe-se:

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Daniel, MITIDIERO. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 749.

¹³ Idem.

¹⁴ Ibidem, p. 750.

Assim, estabeleceu-se a previsão de controle abstrato de normas estaduais e federais e de possível instituição, pelo legislador, de forma para o controle de lei ou ato municipal contrário à Constituição estadual. Ademais, qualquer norma estadual, e não mais apenas a norma que violasse princípio constitucional sensível, passou a poder ser declarada inconstitucional.¹⁵

A Constituição de 1967 reafirmou o controle difuso e a ação direta para o controle abstrato de normas estaduais e federais, como delineada na EC 16/1965. Deu-se ao STF a competência para processar e julgar originariamente “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual” (art. 114, I, I, CF/1967).

Cumprе salientar, tendo em vista o objeto de estudo, que a primeira decisão que possibilitou o pedido liminar em ação direta de inconstitucionalidade (Representação de Inconstitucionalidade 933) trouxe à tona o debate, de grande importância, sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Nos dizeres de Ingo Wolfgang SARLET, Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO:

O STF, ainda sob a égide da EC 1/1969, submetia as suas decisões de inconstitucionalidade, inclusive aquelas proferidas em sede de controle abstrato, ao Senado Federal, para que este determinasse a suspensão da execução da lei. Entendia-se que a decisão do STF, tomada em face de ação direta de inconstitucionalidade, não era dotada, por si só, de eficácia contra todos (*erga omnes*), dependendo, para tanto, da atuação do Senado, a suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional.¹⁶

Porém, salientam:

O Senado Federal, por sua vez, nunca se viu obrigado a suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional. Atuava quando entendia conveniente, ao ser comunicado de decisão proferida em controle difuso ou de decisão tomada em sede de controle abstrato, com o grave inconveniente de frequentemente vir a agir depois de passados muitos anos de a decisão ser proferida.¹⁷

A par disso, é possível afirmar que a decisão proferida pelo STF que declarava uma lei inconstitucional era remetida ao Senado Federal para que este suspendesse a execução dela. Nesta época, a decisão proferida em ação direta de

¹⁵ Idem.

¹⁶ Ibidem, p. 752.

¹⁷ Ibidem, p. 753.

inconstitucionalidade não tinha efeitos *erga omnes*, dependendo da atuação do Senado para tal fim.

Nada obstante, o Senado Federal somente se pronunciava sobre a comunicação da lei declarada inconstitucional quando achava conveniente, ou seja, não se tratava de uma regra de que julgada inconstitucional a lei, remetida ao Senado, ela seria consequentemente analisada por este. Não era o que ocorria.

Foi com a Representação de Inconstitucionalidade 933 que se confirmou a possibilidade de pedido liminar em ação declaratória de inconstitucionalidade sob o fundamento essencialmente de que era desnecessária a comunicação ao Senado Federal após a decisão de inconstitucionalidade. Lá ficou assentado que era irreversível a decisão que viesse declarar a inconstitucionalidade, bem como era compulsório o seu cumprimento pelo Senado no que concerne à suspensão.¹⁸

Do mesmo modo, a Representação permitiu que o STF firmasse o efeito *erga omnes* de suas decisões proferidas em ação direta. Ressalte-se, em ação direta.¹⁹

Sob o enfoque da Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade se aflora em busca da proteção dos direitos fundamentais e do resguardo à democracia.

Quebram-se os paradigmas. Novas fórmulas de controle concentrado de constitucionalidade são criadas. Manteve-se, no entanto, a força do controle difuso de constitucionalidade, com a reserva do recurso extraordinário às questões constitucionais.

Estabeleceu-se pela primeira vez a previsão legal para o controle de inconstitucionalidade por omissão, dispondo o artigo 103, § 2º, da CF que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Instituiu-se o mandado de injunção para proteger direito assegurado pela Constituição quando a omissão de órgão com poder normativo estiver colocando obstáculos a sua tutela (artigo 5º, LXXI, da CF).

¹⁸ Ibidem, p. 755.

¹⁹ Idem.

Fundou-se, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, § 1º, da CF), regulamentada pela Lei nº 9.882, de 03.12.1999.

Ampliou-se o rol de autores para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Tal prerrogativa a partir deste momento não era exclusivamente do Procurador-Geral da República. Passaram a ter legitimidade: i) o Presidente da República; ii) a Mesa do Senado Federal; iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; iv) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; v) o Governador de Estado ou 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; e ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (artigo 103, da CF).

Criou-se, a partir da EC 3, de 18.03.1993, a ação declaratória de constitucionalidade. A Lei nº 9.868, de 10.11.1999, regulamentou o processo e julgamento, no STF, de ambas as ações diretas, de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Até a Lei nº 9.868/99 a questão dos efeitos estava estritamente ligada à definição da natureza da inconstitucionalidade do ato. De um lado os que assentavam que os atos declarados inconstitucionais eram nulos e, portanto, geravam efeitos *ex tunc*. E de outro lado os que afirmavam que os atos declarados inconstitucionais eram anuláveis e, deste modo, possuíam efeitos *ex nunc*. Sobre este ponto retomaremos o estudo no capítulo oportuno.

O art. 27 da Lei 9.868/99 tratou dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Ana Paula ÁVILA nesta linha ressalta:

O art. 27 da Lei nº 9.868 inovou significativamente no que concerne aos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, ao fixar a prerrogativa de o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços e em vista de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringi-los ou determinar que as declarações de inconstitucionalidade proferidas em abstrato produzam efeitos a partir da publicação da decisão (*ex nunc*) ou de outro momento que ache por bem fixar (*pro futuro*). Criou-se, assim, um regime em que a retroatividade dos efeitos é uma regra que deve conviver com as exceções.²⁰

Portanto, com o art. 27 da Lei nº 9.868/99 possibilitou-se dar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dependendo do caso. Por vezes

²⁰ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 21.

o ato inconstitucional pode ser considerado nulo, anulável ou “ainda válido” (efeitos prospectivos).

2. SUPREMACIA E RIGIDEZ DA CONSTITUIÇÃO.

Consoante já sustentado no início, a intenção do controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional.

Ressalta Alexandre de MORAES:

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária.²¹

Já afirmava Hans Kelsen que a Constituição situa-se no topo da pirâmide e os demais atos normativos, incluindo-se as leis, assentam-se abaixo dela. A hierarquia normativa impõe ao legislador a observância da norma superior. A ele não é possível inovar no ordenamento jurídico sem observar a Constituição.

Entra neste contexto também, a rigidez constitucional. Nas sábias palavras de José Joaquim Gomes CANOTILHO examinemos o conceito de Constituição rígida:

A rigidez traduz-se fundamentalmente na atribuição às normas constitucionais de uma capacidade de resistência à derrogação superior à de qualquer lei ordinária. Significa isto que a Constituição (normas constitucionais) só pode ser modificada através de um procedimento de revisão específico e dentro de certos limites (formais, circunstanciais e materiais) como se verá no estudo sobre o procedimento de revisão (cfr. CRP, artigos 284º e segs.). A opção por um ‘texto rígido’, no sentido assinalado, é hoje justificado pela necessidade de se garantir a identidade da constituição sem impedir o desenvolvimento constitucional. Rigidez é sinónimo de garantia contra mudanças constantes, frequentes e imprevistas ao sabor das maiorias legislativas transitórias.²²

Para Alexandre de MORAES²³, “rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o

²¹ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 710.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Portugal: Almedina, 2003, p. 215-216.

²³ MORAES, op. cit., p. 10.

existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: CF/88 – art. 60)”.

A rigidez, em suma, significa que para a alteração ou reforma da Constituição é necessário processo legislativo aguçado.

Manoel Gonçalves Ferreira FILHO, não obstante, considera que somente haverá controle de constitucionalidade nas Constituições rígidas. Não apenas isto, o autor afirma categoricamente que no Estado onde faltar o controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível:

A distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, implica a existência de um controle de constitucionalidade. De fato, onde este não foi previsto pelo constituinte, não pode haver realmente rigidez constitucional ou diferença entre o Poder Constituinte originário e o derivado.²⁴

Da mesma maneira, porém, um pouco mais flexível, assenta Clémerson Merlin CLÉVE:

A fiscalização da constitucionalidade manifesta-se nos lugares que adotam Constituições rígidas. 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 que em face de uma Constituição flexível. Isto porque, estabelecido, embora em normativa constitucional despida de rigidez, determinado procedimento para elaboração das leis, qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade.²⁵

O controle de constitucionalidade fixa-se nestes dois polos: supremacia e rigidez constitucional.

Ademais, Alexandre de MORAES, vai além, citando Alessandro Pizzorusso confirma que o controle de constitucionalidade foi elaborado para resguardar os direitos fundamentais:

Alessandro Pizzorusso aponta a primordial finalidade de controle de constitucionalidade, qual seja, a proteção dos direitos fundamentais, afirmando que, na organização da justiça constitucional italiana, apesar da inexistência de procedimentos específicos, como o recurso de *amparo* ou a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o controle desenrola-se nos próprios processos ordinários civis, penais ou administrativos de forma incidental, pela remessa dos autos à Corte Constitucional, concebido para resolver uma questão prejudicial para a

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

²⁵ CLÉVE, op. cit., p. 31.

decisão do procedimento em curso, garantindo-se, igualmente, a supremacia dos direitos constitucionalmente protegidos.²⁶

Igualmente, citando Hans Kelsen:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de figurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.²⁷

Em vista disso, a fiscalização da constitucionalidade consiste no entendimento ou no exame da Constituição como norma fundamental, aquela dotada de princípios que o Poder Constituinte adotou como elementares para a sociedade. O controle de constitucionalidade entra neste contexto com o propósito de oxigenar os direitos fundamentais e de tornar possível uma sociedade igualitária, na qual prevalece o Estado Democrático de Direito.

Pequenas pinceladas históricas, fundamentais e conceituais foram dadas nestes primeiros capítulos com o único propósito de não adentrarmos na matéria dos *efeitos da declaração de inconstitucionalidade* de maneira direta.

3. NULIDADE OU ANULABILIDADE DA LEI OU DO ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL.

A lei ou ato normativo inconstitucional são leis ou atos inválidos. A inconstitucionalidade constitui vício no plano da validade.

Neste bojo, prudente é a análise se a lei ou ato normativo declarado inconstitucional são nulos ou anuláveis, porquanto tais características enunciam efeitos temporários distintos.

Se nulo produz efeitos *ex tunc* (retroage), se anulável produz efeitos *ex nunc* (não retroage). José Joaquim Gomes CANOTILHO esclarece:

Existem efeitos prospectivos quando se atribui à decisão de anulação uma eficácia *ex nunc*, no sentido de que o efeito da invalidade só começa a partir do momento em que seja declarada a inconstitucionalidade; fala-se de efeitos retroactivos ou de eficácia *ex tunc*, com efeitos retroactivos, próprios da nulidade em sentido técnico, quando a eficácia invalidante

²⁶ MORAES, op. cit., p. 710-711.

²⁷ Idem.

abrange todos os actos, mesmo os praticados antes da declaração de inconstitucionalidade (cfr. Art. 282º).²⁸

A Constituição não prevê expressamente a sanção cominada ao ato inconstitucional. A Carta Magna em nenhum dos seus dispositivos fala que declarada a inconstitucionalidade do ato, ele possuirá efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*.

Luís Roberto BARROSO, por sua vez, assenta com ênfase que a lei ou ato normativo declarados inconstitucionais devem ser considerados nulos, uma vez que não se pode considerá-los válidos em razão da incongruidade e supremacia da Carta Magna, observe-se:

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.²⁹

O autor justifica tal postura, ainda, afirmando que a declaração de inconstitucionalidade tem carácter declaratório e não constitutivo. Assim, a declaração busca o vício desde a sua origem. Só faria sentido considerar anulável a lei ou ato normativo, continua o autor, caso a declaração de inconstitucionalidade tivesse carácter constitutivo, pois a partir desta decisão é que ela surtiria seus efeitos.³⁰

Salientam Olavo Augusto Vianna Alves FERREIRA e Luciana Campanelli ROMEU no mesmo raciocínio:

Firmou-se o dogma da nulidade da lei inconstitucional na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conferindo-se à declaração de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc* e impondo-se o desfazimento no tempo de todos os atos passíveis de retroação que tiverem ocorrido durante a vigência do ato inconstitucional. Acrescentamos que a Constituição Federal dispõe que a inconstitucionalidade é reconhecida por decisão declaratória reforçando a tese da nulidade do ato inconstitucional, já que as decisões declaratórias reconhecem atos nulos, não anuláveis.³¹

²⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 904.

²⁹ BARROSO, op. cit., p. 16.

³⁰ Idem.

³¹ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. ROMEU, Luciana Campanelli. **A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal**: casos julgados e proposta de alguns limites. In: Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 240.

Igualmente, enfatiza Marcelo NOVELINO, em que pese suster que a lei ou ato inconstitucionais devem ser considerados anuláveis:

O entendimento clássico adotado pela doutrina e jurisprudência norte-americanas, desde o famoso precedente (caso “Marbury vs. Madison”) decidido em 1803, é o de que a lei inconstitucional é um ato nulo, ou seja, teria um vício originário insanável, já nasceria morta. Neste caso, a decisão judicial terá natureza declaratória, pois não irá anular a lei inconstitucional, mas apenas declarar a sua nulidade (preexistente). A teoria da nulidade é a concepção mais tradicional, sendo adotada pela grande maioria da doutrina brasileira e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.³²

Em sentido contrário, alguns autores sustentam a tese da anulabilidade da lei inconstitucional. A lei declarada inconstitucional não seria nula, contudo, anulável. A decisão, neste caso, seria constitutiva negativa, passando a surtir efeitos unicamente a partir da sua declaração de invalidade.

Ressalta José Afonso da SILVA acrescentando que deve ser considerada a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos:

A questão demanda distinções que faremos mais adiante, mas, por princípio, achamos que o constitucionalismo brasileiro estruturou técnica peculiar de controle, que não comporta a teoria norte-americana. Milita presunção de validade constitucional em favor de leis e atos normativos do Poder Público, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição. Essa presunção foi reforçada pela Constituição pelo teor do art. 103, § 3º, que estabeleceu um contraditório no processo de declaração de inconstitucionalidade, em tese, impondo o dever de audiência de Advogado-Geral da União que obrigatoriamente defenderá o ato ou texto impugnado. A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X; a declaração na via direta tem efeito diverso, importa suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato.³³

Do mesmo modo, Marcelo NOVELINO enriquece que a tese de anulabilidade é típico do regime de controle de constitucionalidade austríaco:

A concepção adotada pelo sistema austríaco é a de que a lei inconstitucional seria apenas um ato anulável, isto é, embora inconstitucional, a lei seria considerada válida e eficaz até o pronunciamento da Corte Constitucional. Nesta hipótese, a decisão judicial terá natureza constitutiva, tendo em vista que ela não declara uma nulidade preexistente, mas anula, cassa a lei. A concepção que adota a teoria da anulabilidade foi influenciada por Hans Kelsen. O mestre de Viena sustenta que, quando o direito positivo estabelece um mínimo de condições que devem ser reunidas para que o ato jurídico não seja nulo a priori, 'no fim das contas, é sempre uma autoridade pública que deve declarar de forma autêntica se as condições mínimas foram ou não respeitadas, senão qualquer um poderia se dispensar de

³² NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 222.

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53.

obedecer às leis, alegando simplesmente que não são leis'. Considerando o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, este nos parece o entendimento mais correto.³⁴

Não podemos deixar de demonstrar o entendimento incessante da professora Regina Maria Macedo Nery FERRARI, que afirma categoricamente a anulabilidade da lei inconstitucional em sua obra específica sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Antes de se chegar a esta posição, porém, prega a autora com base no princípio da irretroatividade que a lei somente possui efeitos a partir da sua existência. A autora parte do conflito de leis no tempo para sustentar a anulabilidade da declaração de inconstitucionalidade. Imaginar que a lei possa regular fato anterior seria de imensa insegurança jurídica, ressalta ainda. Para tanto, fundamenta seu posicionamento trazendo a Lei de Introdução ao Código Civil, mais especificamente o art. 6º, em que se enunciam os limites para a retroatividade.³⁵

Vejam-se em poucas palavras a opinião da insigne professora Regina Maria Macedo Nery FERRARI:

Tendo identificado um conflito normativo como o estabelecido entre a norma que durante um certo período regulou condutas de uma determinada forma e a norma que passa a vigorar, considerando-a inválida por vício de inconstitucionalidade, temos que reconhecer que, entre esses dois momentos, direitos foram criados, litígios foram resolvidos com base em uma lei que era válida e, portanto, obrigatória, e que este lapso de tempo não é determinado em nosso sistema jurídico, já que a inconstitucionalidade pode ser arguida a qualquer tempo. E ainda que a inconstitucionalidade necessite de processo próprio para sua realização, tendo a norma vigência como norma válida até o reconhecimento de sua incompatibilidade com a Constituição. Dessa forma, admitir que esta declaração viesse estender seus efeitos ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma agora reconhecida como inconstitucional, seria proporcionar a insegurança jurídica, a instabilidade do direito, pois não estaríamos nunca em condição de apreciar se um ato lícito quando realizado ou um contrato válido quando celebrado conservaria tal característica no futuro.³⁶

O STF já decidiu que a regra é a nulidade da lei ou do ato normativo inconstitucional, ou seja, o termo inicial para a fluência dos efeitos da declaração é a data do surgimento da lei. Confirmam-se os seguintes julgados da excelsa Corte de Justiça, no qual se firma tal posicionamento:

³⁴ NOVELINO, op. cit., p. 222.

³⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

³⁶ Ibidem, p. 144-145.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ - PLEITO RECURSAL QUE BUSCA A APLICAÇÃO, NO CASO, DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPOSSIBILIDADE, PELO FATO DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO - JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO - NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM - RECURSO IMPROVIDO. 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL - OS DIVERSOS GRAUS DE INVALIDADE DO ATO EM CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO: ATO INEXISTENTE? ATO NULO? ATO ANULÁVEL (COM EFICÁCIA "EX TUNC" OU COM EFICÁCIA "EX NUNC")? - FORMULAÇÕES TEÓRICAS - O "STATUS QUAECTIONIS" NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS. - A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia "*ex tunc*" (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno). - Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional. (AI 589789 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 07-12-2006 PP-00064 EMENT VOL-02259-07 PP-01234)

“(...). Ademais, ainda que assim não fosse, é sabido que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado possui eficácia *erga omnes* e vincula tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Executivo, além do mais, possui efeito *ex tunc*, a não ser que o Tribunal proceda à modulação de seus efeitos, o que não ocorreu no caso em comento. Assim, julgada procedente a ADI, ter-se-á uma declaração de nulidade da lei inconstitucional desde seu nascedouro, sendo perfeitamente legítimo o desfazimento dos atos realizados sob a sua égide, não havendo que se falar em prescrição ou preclusão, uma vez que inviável a consolidação de ato absolutamente nulo. Além disso, é descabida a invocação da alínea ‘c’ do art. 102, III, da CF/88, pois o acórdão recorrido não julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º, do RSTF e 557, caput, do CPC)” (STF – AI 769510 SC – Rel.: Min. Gilmar Mendes, J. 29.11.2011, P. 05.12.2011, DJ-e 230).

REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - PROCESSO OBJETIVO - GOVERNADOR DO ESTADO. A representação processual do governador do estado no processo objetivo se faz por meio de credenciamento de advogado, descabendo colar a personalidade considerado aquele que, à época, era o chefe do Poder Executivo. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - PROCESSO OBJETIVO - GOVERNADOR DO ESTADO. Atua o legitimado para ação direta de inconstitucionalidade quer mediante advogado especialmente credenciado, quer via procurador do Estado, sendo dispensável, neste último caso, a juntada de instrumento de

mandato. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCEDÊNCIA DA PECHA DE INCONSTITUCIONAL - EFEITO - TERMO INICIAL - REGRA X EXCEÇÃO. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração da lei proclamada inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial distinto. EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - RETROATIVIDADE TOTAL. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência. MUNICÍPIOS - PARTICIPAÇÃO NA ARRECADAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL - ALCANCE DA DECLARAÇÃO. A ofensa frontal da lei do Estado à Constituição Federal implicou, no julgamento ocorrido, o afastamento retroativo à data do surgimento de eficácia do ato impugnado. (ADI 2728 ED, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2006, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00021 EMENT VOL-02292-01 PP-00074 RTJ VOL-00202-02 PP-00516) (destacou-se).

Há situações, contudo, conforme os próprios julgados nos mostram, em que se permite alterar o termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sob o primado da segurança jurídica ou do interesse social, o que acarreta na anulabilidade da lei em contradição com a Constituição.

Atualmente a teoria da nulidade não é absoluta, portanto. Admite-se a flexibilidade da regra geral, moldando-se os efeitos retroativos conforme o caso exigir.

Neste sentido ponderam Gilmar F. MENDES, Inocêncio M. COELHO e Paulo Gustavo G. BRANCO:

Não se afirma, hoje, o dogma da nulidade com a mesma convicção de outrora. A disciplina emprestada aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo constituinte austríaco (1920-1929) e os desenvolvimentos posteriores do tema no direito constitucional de diversos países parecem recomendar a relativização dessa concepção unitária de inconstitucionalidade.³⁷

Dentro desta ideia de transformação, no capítulo referente à “*o controle abstrato de constitucionalidade: ‘nulidade’ e ‘incompatibilidade’ de normas jurídicas inconstitucionais*”, do Curso de Direito Constitucional, o emérito Paulo BONAVIDES traz a doutrina austríaca (sistema austríaco), com base no entendimento de Hans Kelsen, de que os efeitos da declaração devem ser para frente, para o futuro. Ao mesmo tempo, o autor demonstra que a doutrina alemã (sistema alemão) que pregava a nulidade da inconstitucionalidade vem se comportando não desta maneira

³⁷ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1.057.

unicamente, dando ares em alguns casos de possibilidade de anulabilidade da inconstitucionalidade, adotando assim a tese austríaca.³⁸

A discussão entre nulidade ou anulabilidade da lei declarada inconstitucional, no mais, perdeu um pouco de força com a edição da Lei nº 9.868/1999 e o artigo 27, que permitiu limitar pelo STF os efeitos retroativos ou dar-lhe efeitos prospectivos.

Consoante veremos à frente, há distinções entre os efeitos de declaração de inconstitucionalidade em controle incidental e em ação direta. Todavia, em ambos os controles tem sido admitida a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão.

4. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE INCIDENTAL.

O controle via incidental traz no caso concreto da lide o questionamento sobre a constitucionalidade ou não de uma determinada lei. Autor e réu litigam, e durante o trâmite processual surge a discussão acerca da constitucionalidade do ato normativo que se busca aplicar ou não.

Conforme assenta Luís Roberto BARROSO:

Pressupõe, assim, a existência de um processo, uma ação judicial, um conflito de interesses no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa. Se o juiz ou tribunal, apreciando a questão que lhe cabe decidir, reconhecer que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação ao caso concreto.³⁹

A decisão, a sentença, o acórdão que reconhecer a inconstitucionalidade por via incidental terá efeitos somente entre as partes litigantes – *inter partes*. É o que José Joaquim Gomes CANOTILHO⁴⁰ denomina de efeitos particulares, “pois o acto normativo reconhecido como inconstitucional é desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes”.

“Não há invalidação da lei, de modo geral, perante todos. A decisão afasta, apenas, a sua incidência no caso, para o caso entre as partes. A eficácia da

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁹ BARROSO, op. cit., p. 89.

⁴⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 903.

sentença é restrita, particular, refere-se somente à lide, subtrai a utilização da lei questionada ao caso sob julgamento, não opera *erga omnes*. A lei, teoricamente, continua em vigor, não perde a sua força obrigatória com relação a terceiros, sendo aplicada a outros casos”, aponta Zeno VELOSO⁴¹.

Transitada em julgado a decisão, ou seja, esgotados os meios de reformar a decisão emanada, a causa terá como consequência a coisa julgada.⁴²

José Afonso da SILVA evidencia também:

Nesse caso, a arguição de inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento *incidenter tantum*, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade, como já vimos.⁴³

É certo que o exame de constitucionalidade no litígio servirá apenas de base para o julgador decidir sobre a pretensão do autor. Nada obstante, a coisa julgada não afetará a questão prejudicial – inconstitucionalidade – e jamais os fundamentos da decisão, sendo que ela afetará tão somente a parte dispositiva.⁴⁴

A decisão que reconhece a inconstitucionalidade do ato normativo, ainda, terá efeito retroativo, até a data do seu nascimento. Destarte, a decisão no controle incidental terá efeito *ex tunc* para as partes litigantes.

Regina Maria Macedo Nery FERRARI⁴⁵ compadece deste entendimento assentando que possui efeitos retroativos unicamente entre as partes do processo: “A decisão passada em julgado é, em relação ao caso em questão, final, inatacável, definitiva, produzindo, portanto, efeitos *ex tunc*, isto é, como se a lei, relativamente à lide, nunca houvesse existido”.

Destaca Luís Roberto BARROSO⁴⁶: “Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental e difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa, *ex tunc*”.

⁴¹ VELOSO, Zeno. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. In: Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 149.

⁴² BARROSO, op. cit., p. 124.

⁴³ SILVA, op. cit., p. 54.

⁴⁴ BARROSO, op. cit., p. 124.

⁴⁵ FERRARI, op. cit., p. 186.

⁴⁶ BARROSO, op. cit., p. 125.

Conforme releva o referido autor, no entanto, o STF em alguns julgados não tem aplicado o efeito retroativo, com fundamento na ponderação de valores e outros bens que seriam afetados. Tais decisões utilizam como base normativa o art. 27 da Lei nº 9.868/99.⁴⁷

Na mesma linha ressaltam Gilmar F. MENDES, Inocêncio M. COELHO e Paulo Gustavo G. BRANCO:

A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que nem sequer se aplica ao processo que lhe deu origem. O sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*.⁴⁸

Observem-se alguns julgamentos em recurso extraordinário utilizando-se do art. 27 da Lei nº 9.868/99:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Competência. Modulação dos efeitos. Marco temporal. Sentença de mérito. Alegada ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Não ocorrência. Princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. O Plenário da Corte, no exame do RE nº 586.453/SE, da Relatoria da Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, concluiu que compete à Justiça comum processar e julgar os feitos nos quais se discute complementação de aposentadoria em face de entidades de previdência privada. 2. Na ocasião, modularam-se os efeitos da mencionada decisão para definir a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar, até o trânsito em julgado e a correspondente execução, todas as causas da espécie em que, até a data da conclusão do referido julgamento (20/2/13), houver sido proferida sentença de mérito. 3. Modulação dos efeitos que se aplica ao caso, tendo em vista a existência de sentença de mérito proferida pela Justiça laboral em 2/10/97. 4. Não houve a alegada violação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, uma vez que o agravante teve acesso aos recursos cabíveis. 5. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 6. Agravo regimental não provido. (RE 627268 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 23-08-2013 PUBLIC 26-08-2013)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OMISSÃO. ALCANCE SUBJETIVO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE NÃO RECEPÇÃO. CANDIDATOS COM AÇÕES AJUIZADAS DE MESMO OBJETO DESTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRORROGAÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA NÃO RECEPÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1. Embargos de declaração acolhidos para deixar expresso que a modulação da declaração de não recepção da expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art.

⁴⁷ Ibidem, p. 127.

⁴⁸ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1.146.

10 da Lei n. 6.880/1980 não alcança os candidatos com ações ajuizadas nas quais se discute o mesmo objeto deste recurso extraordinário. 2. Prorrogação da modulação dos efeitos da declaração de não recepção até 31 de dezembro de 2012. (RE 600885 ED, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 11-12-2012 PUBLIC 12-12-2012)

CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. I – Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário. II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico. III – Embargos de declaração acolhidos. (RE 500171 ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2011, DJe-106 DIVULG 02-06-2011 PUBLIC 03-06-2011 EMENT VOL-02536-02 PP-00220 RT v. 100, n. 912, 2011, p. 526-536)

O Tribunal de Justiça do Paraná em sede de controle difuso também já utilizou da norma do art. 27:

INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - ARTIGO 3º, DA LEI ESTADUAL N.º 9.436/90 E ARTIGO 6º, DA LEI ESTADUAL N.º 13.435/02 - AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ARTIGO 27, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ - PROCEDÊNCIA DO INCIDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 3º, DA LEI ESTADUAL Nº 9.436/1990 E 6º DA LEI ESTADUAL Nº 13.435/2002 COM EFEITOS EX NUNC - INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 27, DA LEI 9.868/99 - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIOS. 1. A transformação do cargo de Consultor Técnico para o cargo de Consultor Jurídico, com a correspondente transferência automática dos seus ocupantes encontra vedação no artigo 37, inciso II, da Constituição da República, e artigo 27, inciso II, da Constituição do Estado do Paraná. 2. "(...) Nos últimos anos, multiplicaram-se estes casos de modulação dos efeitos temporais, por vezes com a invocação analógica do art. 27 da Lei n. 9.868/99 e outras vezes sem referência a ele. Aliás, a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal". (Luís Roberto Barroso, in Controle de constitucionalidade no 2 direito brasileiro. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2009. p. 127).3. "Desse modo, não há que se falar em incompatibilidade entre a fiscalização difusa e a modulação de efeitos. Isso porque a limitação de efeitos apresenta base constitucional, porquanto reclama a ponderação de interesses entre o princípio da nulidade e o da segurança jurídica, ambos constitucionalmente assegurados, o que propõe a sua utilização no modelo de jurisdição constitucional em sua totalidade" (Gilmar Ferreira Mendes, in Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3ª edição. São Paulo. Saraiva. 2004. p.345).4. A possibilidade de atribuição de efeito ex nunc em sede de controle difuso de constitucionalidade já foi admitida por este Tribunal de Justiça no julgamento do Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n.º 513.645-4/01.5. Incidente de declaração de inconstitucionalidade precedente, com efeitos ex nunc. (TJPR - Órgão Especial - IDI - 817046-3/02 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Guilherme Luiz Gomes - Unânime - J. 17.09.2012)

Ana Paula ÁVILA torna saliente os requisitos formais e materiais para a possibilidade de aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 em controle difuso, respectivamente: "Contudo, força reconhecer que, para dar cumprimento à lei e

tornar possível a disposição de efeitos, segundo o art. 27, nas causas em controle difuso, não se pode abrir mão do *quorum* legal de dois terços dos membros da Corte, de modo que será sempre do Pleno do Supremo Tribunal Federal a competência para o exame dos efeitos nos termos daquele dispositivo”⁴⁹; “Segundo o permissivo legal, a disposição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade somente é cabível quando justificada em uma razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”⁵⁰.

A modulação de efeitos em controle difuso, assim, é exceção, sendo necessária a presença dos requisitos formais (*quorum*) e materiais (demonstração objetiva de qualquer risco à segurança jurídica ou excepcional interesse social).

Verifique-se o seguinte acórdão do STF em que não restou presente o requisito material. O Estado de Goiás, no caso, pretendia lançar para frente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de um tributo:

Serviço público. Poder de polícia. 2. Recurso extraordinário contra acórdão proferido em sede de ADI estadual. 3. Código Tributário do Estado de Goiás (Lei estadual 13.194/97). Itens A6.1.1 e A6.1.2 do Anexo III. Serviço prestado por órgão de segurança pública com caráter geral e indivisível (*uti universi*). Impossibilidade de cobrança mediante taxa. Inconstitucionalidade. 4. Código Tributário do Estado de Goiás (Lei estadual 13.194/97). Itens A4.2 e A4.3 do Anexo III. Serviços públicos específicos e divisíveis (*uti singuli*). Cobrança por meio de taxa. Constitucionalidade. Precedente. 5. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos itens A6.1.1 e A6.1.2 do Anexo III da Lei estadual 13.194/97. Ausência de demonstração objetiva de qualquer risco à segurança jurídica ou excepcional interesse social. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 535085 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 22-04-2013 PUBLIC 23-04-2013)

Nada obstante, o STF exerce a fiscalização via incidental e de modo difuso por meio do recurso extraordinário. Com efeito, declarada a inconstitucionalidade incidental pelo STF, este órgão deve comunicar o Senado Federal, para que suspenda, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional.

A CF estabelece tal diligência no art. 52, inc. X.

Busca-se com isto, basicamente, atribuir à decisão de inconstitucionalidade eficácia contra todos e não apenas entre as partes. Neste sentido ilustram Ingo Wolfgang SARLET, Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO:

Com a suspensão da execução da lei pretendeu-se atribuir à decisão de inconstitucionalidade eficácia contra todos, evitando-se que ficasse restrita às partes do

⁴⁹ ÁVILA, op. cit., p. 60.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 61.

processo em que proferida. Como as decisões de inconstitucionalidade não tinham força obrigatória, ou, em outras palavras, como os fundamentos determinantes destas decisões não possuíam eficácia vinculante, os juízes e tribunais podiam continuar realizando o controle incidental de constitucionalidade sem respeitar o que já decidira o STF. Outra razão para atribuir ao Senado Federal o poder de suspender a execução da lei foi encontrada numa visão já superada do princípio da separação dos poderes. Entendia-se que a suspensão da eficácia da norma em caráter geral deveria depender da manifestação do poder incumbido de criar as leis e não apenas do Judiciário.⁵¹

Desse modo, o Senado Federal suspende a execução da lei declarada inconstitucional, o que por consequência acaba atingindo a todos - *erga omnes*. Tal prerrogativa do Senado Federal, contudo, não tem caráter vinculativo. Esclarecendo, o Senado Federal pode ou não suspender a execução da lei, tudo dependerá de seu juízo de conveniência e oportunidade.⁵²

Entra em cena, então, o julgamento da Reclamação 4335/AC, ainda pendente de julgamento final pelo STF⁵³, em que se discute a existência ou não de mutação constitucional do art. 52, inc. X, da CF. No caso discute-se o cabimento de Reclamação contra decisão de juiz de primeiro grau que se negou a seguir entendimento proferido em julgado do STF, em controle difuso (conforme vimos só teria efeito *inter partes*). Segundo o voto do relator – Min. Gilmar Mendes - até então, pretende-se desconsiderar a diligência de comunicação ao Senado Federal e aplicar os mesmos efeitos *erga omnes* e vinculante da decisão no controle em ação direta ao da decisão em controle incidental.

O Min. Gilmar Mendes fundamentou seu voto no sentido de que o art. 52, X, da CF, sofreu mutação constitucional, cabendo ao Senado editar resolução apenas para o fim de conferir maior publicidade à declaração de inconstitucionalidade. Acrescentou o relator que “a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado”.

⁵¹ SARLET, MARINONI, MITIDIERO, op. cit., p. 882.

⁵² *Ibidem*, p. 883.

⁵³ O julgamento da Reclamação iniciado em 2007 contam com os seguintes votos dos Ministros: Gilmar Mendes, Eros Grau, que julgam procedente; Sepúlveda Pertence, que julga improcedente; Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, que não conhecem. No momento, 29.08.2013, os autos retornaram da vista do Min. Teori Zavascki.

Alguns autores como Luís Roberto BARROSO, Ingo Wolfgang SARLET, Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO corroboram com o fundamento do relator. E, neste sentido, respectivamente, ressaltam:

Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!⁵⁴

Ora, se as decisões proferidas pelo STF, em controle incidental, têm eficácia vinculante, é completamente desnecessário reservar ao Senado Federal o poder para atribuir efeitos gerais às decisões de inconstitucionalidade. Como é evidente, ainda que o Senado tenha este poder, o fato de esta Casa Legislativa não atuar não pode conduzir à conclusão de que a decisão do STF não produziu – ou deixou de produzir – eficácia vinculante. A omissão do Senado não pode se contrapor à eficácia vinculante da decisão do STF.⁵⁵

Os argumentos empregados por esses doutrinadores estão embasados na economia e celeridade processual. Indicam as vantagens processuais e até econômicas da ampliação dos efeitos das decisões do STF e a necessidade de superar as mazelas do sistema brasileiro misto.

Na contramão deste entendimento, em artigo realizado, Lenio Luiz STRECK, Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA e Martonio Mont'Alverne Barreto LIMA fazem sérias críticas ao voto do Min. Gilmar Mendes, abordando, caso este seja o voto vencedor, as consequências e as violações à Constituição.⁵⁶

Iniciam os mencionados autores afirmando que a participação do Senado Federal faz parte da construção democrática da sociedade brasileira. Trata-se, segundo eles, de restrições aos objetivos da casa legislativa, caso não se cumpra o art. 52, X, da CF.⁵⁷

À frente, continuam: “Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma

⁵⁴ BARROSO, op. cit., p. 131.

⁵⁵ SARLET, MARINONI, MITIDIERO, op. cit., p. 884.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 07 out. 2013.

⁵⁷ Idem.

secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal”.⁵⁸

Não apenas isto, sustentam a violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF), já que o efeito vinculante afetará aqueles que não participaram do debate judicial.⁵⁹

Assentam, por fim, que a questão da mutação constitucional não pode ser aferida como livre atribuição de sentido, como decisionismos solipsistas. O Judiciário por meio de mutação constitucional não pode alterar a Constituição, enfatizam.⁶⁰

Jorge Munhós de SOUZA, igualmente, enumera três fundamentos contrários ao voto do Min. Gilmar Mendes, levando-se em consideração que o que se crítica é a forma pela qual o STF pretende implementar o entendimento sufragado pelo relator: a) restrição/violação ao contido no art. 52, inc. X, da CF; b) ampliação das hipóteses de cabimento da Reclamação constitucional e c) alteração profunda de um entendimento sedimentado da doutrina sobre a eficácia *inter partes* da decisão proferida em controle difuso.⁶¹

Muito antes desta discussão acerca da Reclamação 4335/AC, Lênio Luiz STRECK firmava que em sede de controle difuso não é possível conferir os mesmos efeitos do controle concentrado. No caso, o autor debatia quais os efeitos devem ser dados após a diligência do Senado Federal (art. 52, X, da CF), se *ex tunc* ou se *ex nunc* (como ele próprio defende):

Afinal, há que se fazer uma diferença entre o que seja retirada da eficácia da lei, em sede de controle concentrado, e o que significa a suspensão que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei. Caso contrário, não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso. Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei. Pode-se agregar ainda outro argumento: a suspensão da lei somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia. Daí a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia. Sem eficácia, a lei fica nula; sendo nula a lei, é como se nunca estivesse existido. Não se olvide a diferença nos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional da Áustria (agora adotada no Brasil), de onde deflui a diferença entre os efeitos *ex tunc* (nulidade) e *ex nunc* (revogação). Dito de outro modo, *quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é esta írrita, nenhuma*. Não fosse assim, bastaria que o Supremo Tribunal mandasse a lei declarada inconstitucional,

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ SOUZA, Jorge Munhós de. **Teoria do diálogo: o controle judicial fraco como forma dialógica de implementar direitos sociais e econômicos**. In: Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 37.

em sede de controle difuso, ao Senado, para que os efeitos fossem equiparados aos da ação direta de inconstitucionalidade (que historicamente, seguindo o modelo norte-americano, sempre foram *ex tunc*). Se até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, *a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado*.⁶²

Não tenha dúvidas que se julgada procedente a Reclamação 4335/AC teremos uma nova sobreposição do modelo concentrado em face do modelo difuso no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Tratar-se-á da “abstrativização” do controle difuso ou, melhor, de uma aproximação entre os dois sistemas.⁶³

5. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO DIRETA.

O controle via principal, em abstrato ou em ação direta, como muitos denominam, cuida das ações que visam propriamente à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Citem-se como exemplo as ações diretas de inconstitucionalidade. O objeto da ação será a manifestação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Elucidam Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO:

O controle principal permite que a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei. Em geral, admite-se a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade ou mecanismos de impugnação in abstracto da lei ou ato normativo.⁶⁴

Assim, a forma de se realizar o controle terá como estrutura de análise uma ação que tenha como fundamento – causa de pedir e pedido – a pretensão de invalidar o ato normativo tão somente. Não há aqui, como ocorre no controle via incidental, outras questões a serem abordadas, unicamente há a manifestação

⁶² STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 480-481.

⁶³ LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. **Efeito transcendente e concentração do controle difuso na jurisprudência (autocriativa) do Supremo Tribunal Federal**. In: Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 302.

⁶⁴ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1.064.

acerca da compatibilidade ou não do ato normativo com a Constituição. Não há litígio, autor *versus* réu.

Os efeitos do controle em ação direta serão *erga omnes*. Não se limitam apenas aos autores da ação, como ocorre no controle difuso, persiste o interesse genérico de toda a coletividade. É o que José J. G. CANOTILHO⁶⁵ chama de efeitos gerais, “pois o acto normativo, uma vez declarada a inconstitucionalidade, é eliminado do ordenamento jurídico”. Ainda esclarece o autor: “O controle com eficácia *erga omnes* é próprio do controlo concentrado e corresponde ao exercício de uma *Verwerfungskompetenz* (competência de rejeição). O Tribunal Constitucional ou órgão correspondente afirma-se como defensor da Constituição, legislando negativamente, ou seja, eliminando do ordenamento jurídico a norma inconstitucional”.

Nas palavras de Regina Maria Macedo Nery FERRARI:

Caracterizando um verdadeiro exercício do direito de ação, o julgamento efetuado pelo Supremo Tribunal Federal refere-se à lei em tese, e os efeitos dessa decisão deverão atingir a todas as hipóteses em que possa haver sua incidência, vale dizer, a decisão que declara a inconstitucionalidade em tese é de alcance *erga omnes*, e reveste-se da autoridade da coisa julgada *erga omnes*, obrigando, portanto, não só o Poder Judiciário como a todos os demais poderes – Legislativo e Executivo -, implicando ainda na impossibilidade de sua modificação ulterior pelo próprio Supremo Tribunal Federal.⁶⁶

Enquanto que em controle incidental o efeito será *inter partes* em ação direta será *erga omnes*.

Com o art. 27 da Lei nº 9.868/99 possibilitou-se dar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dependendo do caso. Por vezes o ato inconstitucional pode ser considerado nulo, anulável ou “ainda válido” (efeitos prospectivo ou diferido).

Veremos adiante, com mais afinco, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade nas próprias ações diretas: ADI, ADI por omissão, ADPF e ADC.

Oportuno acrescentar que, no mandado de injunção os efeitos da decisão serão produzidos somente entre as partes, ou seja, não há efeitos *erga omnes*. Isto não impede, no entanto, o efeito vinculante. O Supremo ao analisar determinado caso e julgar o mandado de injunção estará construindo um precedente, que servirá

⁶⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 903.

⁶⁶ FERRARI, op. cit., p. 230-231.

aos demais julgamentos. Assim, de forma indireta é possível falar em efeito vinculante.⁶⁷ Não é possível medida liminar em mandado de injunção. Neste sentido cite-se o seguinte *decisum*, que é enfático:

MANDADO DE INJUNÇÃO - LIMINAR. Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção – Mandados de Injunção nºs 283, 542, 631, 636, 652 e 694, relatados pelos ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e por mim, respectivamente. AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de medida acauteladora. (STF – AC 124 AgR/PR – Tribunal Pleno -, rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.09.2004).

Por sua vez, a ação direta interventiva em que pese não pugnar essencialmente pela declaração de inconstitucionalidade ou declaração de incompatibilidade de uma norma com a Constituição como as demais ações genérica e declaratória, caberá quando violados pelos Estados os princípios encartados na Carta Magna. São os chamados princípios constitucionais sensíveis.

O procedimento da ação direta interventiva é regulamentado pela Lei nº 12.562, de 23.12.2011. Admite-se o pedido liminar.

A decisão final não é declaratória da nulidade da norma impugnada, como o é a decisão de inconstitucionalidade. A decisão apenas declara, conforme afirmamos anteriormente, a presença de pressuposto para intervenção. O ato impugnado é afirmado inconstitucional no curso do raciocínio que resulta na conclusão declaratória de condição para intervenção.⁶⁸

A decisão terá efeito vinculante, com base na predisposição das decisões emanadas do STF que trazem em seu bojo o conteúdo vinculante.⁶⁹

Não é possível falar, por último, em efeitos retroativos, já que a decisão não visa a anular o ato, somente declarar a presença dos pressupostos para intervenção.

5.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Também conhecida como ação genérica.

⁶⁷ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 1.090.

⁶⁸ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1.168.

⁶⁹ Ibidem, p. 1.169.

O trâmite processual da ação direta de inconstitucionalidade é regido pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro, de 1999. Lá está encartado como deverá ocorrer a ação genérica, desde a elaboração da petição inicial a outros procedimentos que se fazem necessários.

Tendo em vista o tema proposto – efeitos da declaração de inconstitucionalidade -, prudente é a análise quanto à medida cautelar na ação direta. A decisão em sede de cognição sumária terá efeitos *ex nunc*.

Presentes o *fumus boni iurus* e o *periculum in mora* será concedida a liminar, alinhe-se, por decisão da maioria absoluta dos ministros da Corte, após a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo (art. 10), o que ocasionará a suspensão da norma questionada. É possível, no mais, a concessão sem a audiência mencionada (art. 10, § 3º).

A decisão liminar terá eficácia *erga omnes* (art. 11). Não obstante, salientam Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO:

Ainda no que tange à medida cautelar no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, o art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868/99 dispõe, em consonância com a jurisprudência do STF, que a cautelar será concedida, regularmente, com eficácia *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Da mesma forma prevê que a medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação do Tribunal em sentido contrário (Art. 11, § 2º).⁷⁰

Do mesmo modo Luiz Alberto David ARAUJO e Vidal Serrano Nunes JÚNIOR enfatizam:

Concedida a medida liminar, torna-se aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. O Supremo Tribunal Federal pode entender que a aplicação da norma anterior causaria prejuízos a todos, gerando insegurança jurídica. Nesse caso, a Corte determina a não-aplicação da norma, ficando a situação sem disciplina específica, ou seja, a norma impugnada não é aplicada por estar suspensa e a anterior por causar insegurança jurídica ou ser de aplicação inconveniente. Nesse caso, o Supremo explicita a situação, deixando claros os motivos de não-aplicação da norma anterior.⁷¹

Veja-se:

I. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade: caso de excepcional urgência, que autoriza a decisão liminar sem audiência dos partícipes da edição das normas

⁷⁰ Ibidem, p. 1.128.

⁷¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45.

questionadas (LADIn, art. 10, § 3º), dada a iminência do leilão de privatização do controle de instituição financeira, cujo resultado poderia vir a ser comprometido com a concessão posterior da medida cautelar. II. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista: alegação de exigência constitucional de autorização legislativa específica, que - contra o voto do relator - o Supremo Tribunal tem rejeitado; caso concreto, ademais, no qual a transferência do controle da instituição financeira, do Estado-membro para a União, foi autorizada por lei estadual (conforme exigência do art. 4º, I, a, da MPr 2.192-70/01 - PROES) e a subsequente privatização pela União constitui a finalidade legal específica de toda a operação; indeferimento da medida cautelar com relação ao art. 3º, I, da MPr 2.192-70/01, e ao art. 2º, I, II e IV, da L. 9.491/97. III. Desestatização: manutenção na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário (MPr 2.192-70/01, art. 4º, § 1º), assim como dos depósitos judiciais (MPr 2.192-70/01, art. 29): autorização genérica, cuja constitucionalidade - não obstante emanada de diploma legislativo federal - é objeto de questionamento de densa plausibilidade, à vista do princípio da moralidade - como aventado em precedentes do Tribunal (ADIn 2.600-MC e ADIn 2.661-MC) - e do próprio art. 164, § 3º, da Constituição - que não permitiria à lei, ainda que federal, abrir exceção tão ampla à regra geral, que é a de depósitos da disponibilidade de caixa da Administração Pública em instituições financeiras oficiais; aparente violação, por fim, da exigência constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI); ocorrência do periculum in mora: deferimento da medida cautelar para suspender ex nunc a eficácia dos arts. 4º, § 1º, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado (MPr 2.192/70/01). (ADI 3578 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 14/09/2005, DJ 24-02-2006 PP-00006 EMENT VOL-02222-01 PP-00182)

Julgada a ação, a decisão terá efeitos *erga omnes* e vinculante.

Ante o contido no parágrafo único, do art. 28 da Lei nº 9.868/99, a decisão que declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade, 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.

Registra Lênio Luiz STRECK sobre a interpretação conforme e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto:

A interpretação conforme e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto são, pois, mecanismos aptos a fazer cumprir – no limite – a função “intervencionista” do Poder Judiciário, para pôr freios à “liberdade de conformação do legislador” de índole liberal clássica, no interior da qual se concebe a Constituição apenas em seu aspecto formal, sendo o seu texto entendido tão-somente como um anteparo do cidadão contra a arbitrariedade do Estado. Não se pode olvidar que a Constituição, mais do que outra coisa, é um remédio contra maiorias. Caso contrário, perder-se-ia a noção de rigidez constitucional!⁷²

O art. 28 da Lei nº 9.868/99 estabelece três ponderações: i) a atribuição de efeito vinculante à declaração de inconstitucionalidade; ii) a inclusão no âmbito de tais efeitos de interpretação conforme à Constituição e da declaração parcial de

⁷² STRECK, op. cit., p. 572.

inconstitucionalidade sem redução do texto e iii) a explicitação de sua extensão aos órgãos judiciais e administrativos.⁷³

De qualquer maneira, o efeito vinculante da decisão de inconstitucionalidade se produz, resignada a letra pronunciada do dispositivo legal e do art. 102, § 2º, da CF, em relação ao Judiciário e à Administração. No que concerne aos órgãos judiciais, já não lhes caberá o juízo incidental acerca da constitucionalidade da norma, devendo sua decisão no caso concreto partir da premissa evidenciada pelo Supremo Tribunal sobre a validade ou não da norma.⁷⁴

É o entendimento do egrégio STF:

QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido. (Rcl 1880 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-02 PP-00284)

Averigua-se que o Poder Legislativo ficou excluído da prolação e do alcance do efeito vinculante previsto no parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/99 e no art. 102, § 2º da Constituição Federal. Com efeito, expõe Luís R. BARROSO⁷⁵: “No direito brasileiro, a rigor técnico, não há como impedir que o órgão legislativo volte a prover acerca da matéria e, ao fazê-lo, incorra em inconstitucionalidade da mesma natureza. Por tal razão, não caberá reclamação perante o Supremo Tribunal Federal na hipótese de edição de norma de conteúdo idêntico ou similar, por não estar o

⁷³ BARROSO, op. cit., p. 203.

⁷⁴ Ibidem, p. 204.

⁷⁵ Ibidem, p. 206.

legislador vinculado à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente”.

O insigne professor Lênio L. STRECK⁷⁶ vai além e afirma categoricamente que a interpretação conforme não pode ter efeito vinculante, uma vez que se trata de uma técnica de controle constitucionalidade: “Desse modo, concordando inteiramente com Jorge Miranda, tenho que a interpretação conforme não pode ter efeito vinculante. Como já afirmei, mais do que uma ‘técnica de controle de constitucionalidade’, a interpretação conforme é um modo hermenêutico de resolução do problema exurgente da plurivocidade sígnica dos textos normativos. Aceitar o efeito vinculante da interpretação conforme é aceitar que, em face de várias interpretações, o Tribunal possa impor ao sistema aquela (única) que considera a correta”.

Nada obstante, no tocante aos efeitos temporários, ressalte-se que o princípio da nulidade continua a ser a regra no Direito brasileiro. Como já defendido, esta tradição agora vem excepcionada pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99, que concede poderes ao Supremo Tribunal Federal de estabelecer efeito *ex nunc* às ADI’s.

Esclarece Luís Roberto BARROSO:

Como consignado em tópicos anteriores, a questão da constitucionalidade das leis situa-se no plano da validade dos atos jurídicos: lei inconstitucional é lei nula. Dessa premissa teórica resultam duas consequências práticas importantes. A primeira: a decisão que reconhece a inconstitucionalidade limita-se a constatar uma situação preexistente, estabelecendo acerca dela uma certeza jurídica. Sua natureza, portanto, é declaratória. A segunda: sendo o vício de inconstitucionalidade, como regra, congênito à lei, os efeitos da decisão que o pronuncia retroagem ao momento de seu ingresso no mundo jurídico, isto é, são *ex tunc*.⁷⁷

Do mesmo modo percorre o posicionamento do STF:

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. ALEGADA OMISSÃO, POSTO NÃO HAVER O ACÓRDÃO ATACADO EXPLICITADO OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 25 DO ADCT PARANAENSE, SE "EX TUNC" OU "EX NUNC". A declaração de inconstitucionalidade decorrente da procedência de ação direta tem efeitos "ex tunc", regra que somente admite exceção na forma do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, hipótese não configurada no caso em questão. Embargos rejeitados. (ADI 483 ED, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 22/08/2001, DJ 05-10-2001 PP-00057 EMENT VOL-02046-01 PP-00001)

⁷⁶ STRECK, op. cit., p. 622-623.

⁷⁷ BARROSO, op. cit., p. 208.

Prescreve o art. 27 da Lei nº 9.868/99: “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”.

Luiz Alberto David ARAUJO e Vidal Serrano Nunes JÚNIOR iluminam:

A Lei n. 9.868/99 tratou, em seu art. 27, de permitir, pelo quórum de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, fundando a decisão em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, possa a Corte decidir com efeito *ex nunc* ou ainda a partir do momento em que achar necessária a produção dos efeitos. A regra, portanto, é *ex tunc*. Mas pode-se declarar com efeito *ex nunc* ou então a partir de determinado período, sempre pelo quórum de 2/3. Imaginemos uma hipótese de lei de criação de cargos públicos julgada inconstitucional depois de providos e depois de seus ocupantes entrarem em exercício. Foram praticados atos que seriam, pelo efeito *ex tunc*, julgados inexistentes, e, portanto, nulos. Com a decisão de efeito apenas *ex nunc*, os atos praticados ficam validados e as verbas recebidas são mantidas – pois houve trabalho -, produzindo efeitos apenas a partir da decisão, com o reconhecimento da inexistência dos cargos públicos. Em resumo: os atos praticados e as verbas pagas foram válidos, mas os funcionários perderão seus cargos a partir do trânsito em julgado do acórdão.⁷⁸

Deixa-se para o STF modular os efeitos, com base na segurança jurídica e no excepcional interesse social. No capítulo anterior acabamos por dar pequenas pinceladas sobre a temática, argumentando que este dispositivo tem sido usado até mesmo em controle difuso, quando na realidade ele é próprio do controle concentrado.

Optou o legislador originário por conferir poderes ao STF para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O princípio da nulidade dos efeitos, assim, perdeu um pouco de força. Certamente a aplicação indiscriminada deste princípio pode gerar situações de lesão a direitos individuais, de insegurança jurídica e de contrariedade ao que propõe a própria Carta Magna.

Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES complementam:

O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também

⁷⁸ ARAUJO; JÚNIOR, op. cit., p. 49.

no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um *quorum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados.⁷⁹

A partir do art. 27 poderá o STF adotar os seguintes efeitos em suas decisões: a) *ex nunc* – declarando a inconstitucionalidade a partir do trânsito em julgado do acórdão; b) prospectivo ou diferido – declarando a inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado e c) sem restrições de efeitos – declarando a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que o legislador se manifeste sobre a inconstitucionalidade.

A propósito, confira-se o seguinte precedente em que se aplicam os efeitos *ex nunc* (item a) a declaração de inconstitucionalidade:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 3.642/05, QUE “DISPÕE SOBRE A COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL”. AUSÊNCIA DE PEDIDO ANTERIOR. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração. 3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional. 4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional. 5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital nº 3.642/05 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado. (ADI 3601 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2010, DJe-244 DIVULG 14-12-2010 PUBLIC 15-12-2010 EMENT VOL-02451-01 PP-00001 RTJ VOL-00217- PP-00230)

Veja-se um exemplo emanado do egrégio STF para facilitar a temática em que a Corte modelou os efeitos para o futuro ou de maneira diferida (item b), como alguns autores denominam:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. O embargante alega que as questões preliminares

⁷⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 565.

suscitadas não teriam sido discutidas uma a uma por todos os Ministros no Plenário. 2. O fato de não haver votos escritos de todos os Ministros sobre cada uma das questões levadas a julgamento não importa em vício ou ausência de fundamentação. Ao acompanhar o voto do Relator, os Ministros assumem parte de seus fundamentos tal qual nele lançados. 3. Improcedente a argumentação segundo a qual haveria contradição e obscuridade quanto à modulação de efeitos da decisão. A proclamação do resultado registrada em ata é clara. O Tribunal, por maioria, nos termos do disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868, decidiu que a declaração terá eficácia a partir de 6 (seis) meses, a contar da data da decisão. 4. O embargante pretende rediscutir a questão de mérito, para imprimir efeitos infringentes ao julgado. Jurisprudência firme segundo a qual não cabem embargos de declaração quando, a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição, visam ao reexame da matéria. Embargos de declaração rejeitados. (ADI 3819 ED, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-02 PP-00394)

Lênio L. STRECK condena esta possibilidade de se concederem efeitos diferidos, sob o argumento de que se enfraquece o poder normativo da Constituição. Anota basicamente o autor que ou devem ser *ex tunc* ou devem ser *ex nunc* os efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

Cabe referir, por último, que uma coisa é conceder efeito *ex nunc* às decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade; *outra é especificar, para além do efeito ex nunc ou para aquém do efeito ex tunc, outra data para a eficácia da decisão de pronúncia de inconstitucionalidade*. Com efeito, tenho que a concessão desse arbítrio ao Supremo Tribunal Federal tem o condão de disponibilizar, a este, a própria constitucionalidade da lei. Ora, nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para o início da eficácia de sua decisão (ressalvado o caso de efeito *ex nunc, stricto sensu*, já praticado desde há muito em Tribunais Europeus, na tradição da doutrina kelseniana). Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (sic)*. Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade da mitigação da previsão do efeito *ex tunc*, a partir da possibilidade de o Tribunal Constitucional estabelecer efeito *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pró-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* ou nem *ex nunc*.⁸⁰

À frente, julgando a ADI 2.240, a Corte declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (item c) da Lei nº 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães e manteve a vigência da citada lei pelo prazo de vinte e quatro meses, lapso temporal razoável para o legislador estadual reapreciar o tema conforme os parâmetros da lei complementar federal a ser editada.

De acordo com o já afirmado, para a modulação dos efeitos são necessários dois requisitos: um formal e um material. O formal está consubstanciado no quórum

⁸⁰ STRECK, op. cit., p. 697.

de 2/3 dos membros do Tribunal. O material está ligado à segurança jurídica e ao excepcional interesse social.

Luís R. BARROSO⁸¹ enfatiza que o art. 27 e seu objeto de modulação de efeitos não se sobrepõem ao princípio da supremacia da Constituição, uma vez que o STF poderá fazer uma ponderação de valor entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos pela lei inconstitucional: “O princípio da supremacia da Constituição é fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade, uma de suas premissas lógicas. Não pode, portanto, ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e unidade do sistema. O que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional. Como por exemplo: boa-fé, moralidade, coisa julgada, irredutibilidade dos vencimentos, razoabilidade”.

Por derradeiro, pertinente mencionar sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em ação direta de inconstitucionalidade perante os Tribunais Estaduais. É sabido de todos que é possível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante os Tribunais Estaduais. No caso, a norma violada não será a Constituição Federal, mas, sim, a Constituição Estadual. Ao decidir sobre a inconstitucionalidade da lei estadual ou municipal face à Constituição Estadual, o Tribunal Estadual irá dar efeito *erga omnes* e *ex tunc*, no âmbito do Estado-Membro tão somente.⁸²

5.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.

A inconstitucionalidade por omissão reside na atitude negativa do legislador. O legislador não busca na feitura da lei aquilo que a Constituição ordenou que ele buscasse. Há ausência do legislador sobre determinada matéria.

Dentro deste contexto surge a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a fim de suprir a ausência do legislador. Não há litígio entre partes na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mas há tentativa de supressão normativa.

⁸¹ BARROSO, op. cit., p. 210-211.

⁸² STRECK, op. cit., p. 734.

No que concerne ao procedimento da ação por omissão, a Constituição Federal somente tratou do tema no art. 103, § 2º, não discorrendo maiores detalhes sobre a ação. Não diferente, a Lei nº 9.868/99 não cuidou da ação por omissão.

Porém, tem-se a aplicado a mesma sistemática da ação direta de inconstitucionalidade. O que será diferente na petição inicial é o fundamento a ser arguido na ação direta por omissão, que consistirá no apontamento sobre a norma constitucional a ser efetivada.

Adiante, a medida cautelar não é possível na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Neste caso, não deve ser aplicada a Lei nº 9.868/99, art. 21. O fundamento para tal desiderato consiste no fato de que o STF não pode impor, obrigar, muito menos em decisão final, à autoridade omissa a concretização do ato normativo. Quem diria, portanto, em sede liminar.⁸³

A decisão final na ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve “limitar-se, nesses processos, a declarar a configuração da omissão inconstitucional, determinando, assim, que o legislador empreenda a colmatação da lacuna. Tal como a decisão proferida na ação direta por omissão, a decisão tem, para o legislador, caráter obrigatório”.⁸⁴

O STF ao declarar a inconstitucionalidade por omissão não pode legislar. O Poder Judiciário não convém exercer as funções do Poder Legislativo.

Nada obstante, ressaltam Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO:

Como ressaltado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – assim como o mandado de injunção – pode ter como objeto tanto a omissão total, absoluta, do legislador, quanto a omissão parcial, ou o cumprimento incompleto ou defeituoso de dever constitucional de legislar. Caso reconheça a existência de omissão morosa do legislador, o Tribunal haverá de declarar a inconstitucionalidade da omissão, devendo, nos termos da Constituição (art. 103, § 2º), dar ciência da decisão ao órgão ou aos órgãos cujo comportamento moroso se censura para que empreendam as medidas necessárias.⁸⁵

O julgado possui eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 28, Lei nº 9.868/99).

O efeito temporal será distinto da ação direta de inconstitucionalidade, porquanto não é possível retroagir ao momento inicial da ausência da norma. No

⁸³ BARROSO, op. cit., p. 261.

⁸⁴ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1.197.

⁸⁵ Idem.

caso de omissão inconstitucional total, o STF declarará em mora o órgão, dando ciência (caráter político) ou emitindo ordem (caráter mandamental) para que se pronuncie.⁸⁶

Neste sentido:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO. - A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. - O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público - e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) -, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL. - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível

⁸⁶ BARROSO, op. cit., p. 263.

a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente. (ADI 1458 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34531 EMENT VOL-01842-01 PP-00128) (destacou-se).

A par disso, no caso de ciência ao Poder competente a Constituição não enumera prazo, no entanto no caso de ordem ao órgão administrativo estabelece o prazo de trinta dias (art. 103, § 2º, CF).

Verifica-se, deste modo, a falta de efetividade da declaração de inconstitucionalidade por omissão, não sendo impostas sanções aos órgãos omissos, o que torna a decisão uma mera comunicação política.

5.3 AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.

A Lei nº 9.882/99 dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Cumpre ressaltar, no mais, que a Lei nº 9.882/99 está sendo objeto da ação direta de inconstitucionalidade nº 2231, ainda pendente de julgamento.

Existem dois tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental: a) a arguição autônoma, de caráter principal e b) a arguição incidental.

A primeira – autônoma - possui previsão legal no *caput*, do art. 1º da Lei nº 9.882/99: “Art. 1º - A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Já a segunda – incidental – possui previsão legal no parágrafo único, inc. I, do art. 1º da Lei nº 9.882/99: “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”, cumulado com o art. 6º, § 1º, da referida lei.

São três os pressupostos necessários para o ajuizamento da arguição autônoma, de caráter principal: 1) a ausência de qualquer outro meio eficaz de sanar a violação de direito; 2) a ameaça ou violação a preceito fundamental e 3) um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la.⁸⁷

Não obstante, são cinco os pressupostos necessários para a arguição incidental: 1) a existência de uma demanda, litígio em andamento perante o Judiciário; 2) a ausência de qualquer outro meio eficaz de sanar a violação de direito; 3) a ameaça ou violação de preceito fundamental; 4) a relevância do fundamento da controvérsia constitucional; 5) se trate de lei ou ato normativo e não qualquer ato do Poder Público.⁸⁸

A grande questão é analisar o sentido da expressão “preceito fundamental”, já que a Constituição e a Lei não o fizeram.

Luís Roberto BARROSO expõe de maneira exemplificativa alguns dispositivos que seriam considerados preceitos fundamentais, todavia, o autor ressalta que não se trata apenas destes. Vejamos:

Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (arts. 5º e s.).

Ainda:

Aqui se travará, por certo, a discussão acerca da fundamentalidade ou não de determinados direitos contemplados na Constituição brasileira, não diretamente relacionados à tutela da liberdade ou do mínimo existencial. Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos sensíveis (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal.⁸⁹

A decisão final determinará a legitimidade do ato impugnado, podendo declará-lo nulo e impedir sua aplicação, se necessário, determinar medida idônea à tutela do preceito fundamental.⁹⁰

⁸⁷ Ibidem, p. 276.

⁸⁸ Ibidem, p. 277.

⁸⁹ Ibidem, p. 279.

⁹⁰ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 1.156.

Prescreve o art. 10 da Lei nº 9.882/99 que a decisão fixará “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”.

A decisão tem efeitos gerais (contra todos) e vinculantes.

Ponderam, no entanto, Ingo Wolfgang SARLET, Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO:

Esclareça-se, porém, que os limites objetivos da eficácia vinculante não se restringem ao dispositivo da decisão, abrangendo a fundamentação – os fundamentos determinantes – que permitiu a concluso Tribunal. Por conta disso, cabe reclamação não apenas contra decisão que, tratando do mesmo ato impugnado, tenha sentido diverso, mas também contra decisão que venha a desrespeitar os fundamentos determinantes ou a tese fixados na decisão da arguição de descumprimento.⁹¹

Dentro deste contexto, o art. 11 da mencionada Lei traz ainda a possibilidade da Suprema Corte modular os efeitos da decisão, podendo limitar os efeitos retroativos da decisão da arguição.

5.4 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.

A declaração de constitucionalidade gera efeitos *erga omnes* e vinculantes, conforme dispõe o art. 102, § 2º, da Constituição Federal e o parágrafo único do art. 28, da Lei nº 9.868/99. A decisão, além disso, produzirá efeitos *ex tunc*.

Assim como se aplica o art. 27 da Lei nº 9.868/99 às ADI's se aplica às ADC's, sendo desnecessário tecer novamente os comentários alhures.

Com efeito, citem-se as sábias palavras de Regina Maria Macedo Nery FERRARI:

Tratando da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo, na qual se pede que seja confirmada a presunção de sua validade, não existe qualquer dificuldade em reconhecer que tais efeitos se fazem sentir *ex tunc*, isto é, tais efeitos retroagem *ab initio*, não criando, entretanto, qualquer postura jurídica diferente da até aqui admitida..⁹²

Ressalta Luís R. BARROSO na mesma linha:

A decisão que acolhe o pedido tem, como a designação da ação sugere, natureza declaratória. Consequentemente, não inova ela na ordem jurídica, limitando-se a estabelecer certeza jurídica acerca de situação preexistente. É possível afirmar que os efeitos da decisão se produzem *ex tunc* no sentido de que a lei será tida como

⁹¹ Idem.

⁹² FERRARI, op.cit., p. 405.

constitucional desde seu nascimento. É certo, no entanto, que a questão aqui será muito menos relevante do que na ação direta de inconstitucionalidade, onde a decisão poderá envolver o desfazimento de situações que se constituíram.⁹³

Examine-se o seguinte precedente no qual restou assentado o efeito *ex tunc*:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 15, LEI 9.424/96. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PARA O FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO. DECISÕES JUDICIAIS CONTROVERTIDAS. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. FORMAL: LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. NATUREZA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. § 5º, DO ART. 212 DA CF QUE REMETE SÓ À LEI. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA DE REDAÇÃO PELO SENADO. EMENDA QUE NÃO ALTEROU A PROPOSIÇÃO JURÍDICA. FOLHA DE SALÁRIOS - REMUNERAÇÃO. CONCEITOS. PRECEDENTES. QUESTÃO INTERNA CORPORIS DO PODER LEGISLATIVO. CABIMENTO DA ANÁLISE PELO TRIBUNAL EM FACE DA NATUREZA CONSTITUCIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL: BASE DE CÁLCULO. VEDAÇÃO DO ART. 154, I DA CF QUE NÃO ATINGE ESTA CONTRIBUIÇÃO, SOMENTE IMPOSTOS. NÃO SE TRATA DE OUTRA FONTE PARA A SEGURIDADE SOCIAL. IMPRECISÃO QUANTO A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. A CF QUANTO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO DEFINE A FINALIDADE: FINANCIAMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E O SUJEITO PASSIVO DA CONTRIBUIÇÃO: AS EMPRESAS. NÃO RESTA DÚVIDA. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI AMPLAMENTE DEMONSTRADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE, COM EFEITOS EX-TUNC. (ADC 3, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/1999, DJ 09-05-2003 PP-00043 EMENT VOL-02109-01 PP-00001)

Assim, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 somente se refere à flexibilização dos efeitos temporais em relação à decisão que declara a inconstitucionalidade. Todavia, é possível instigar que em uma hipótese na qual haja ocorrido ampla controvérsia judicial acerca da constitucionalidade de determinado dispositivo se possa estabelecer uma eficácia puramente prospectiva, para frente, da decisão ou de algum outro modo restringir seus efeitos, levando-se em conta a segurança jurídica ou excepcional interesse social.

⁹³ BARROSO, op. cit., p. 242.

CONCLUSÃO

Não é demais ressaltar que o tema posto em discussão é de extrema importância e praticidade. Do mesmo modo, existem muitas obras, artigos, trabalhos que tratam do assunto. O presente trabalho, nada obstante, pretendeu inserir, levantar novas questões, bem como responder às questões que acometiam o autor, não deixando de citar as questões já debatidas.

A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, é o centro gravitacional para a elaboração das leis e demais atos normativos. O legislador, entendido aqui como aquele enquanto fazedor de atos normativos, deve prezar pelo respeito a Constituição, não somente quanto às questões do processo legislativo, mas também quanto ao fim colimado pela Constituição.

O caso *Marbury versus Madison*, em 1803, foi o grande embate judicial que originou o controle de constitucionalidade. Lá restou encartado pela Suprema Corte americana a supremacia da Constituição, o efeito vinculante da decisão e o Poder Judiciário como o órgão responsável pelo cuidado e vigilância da Carta Magna.

No entanto, o referido caso não foi o primeiro a tratar de situações de incompatibilidade de um ato com a Constituição. O relator da Suprema Corte americana que ficou encarregado de julgar *Marbury versus Madison*, tinha como precedente um julgado do Estado de New Jersey, em que foi analisada a incompatibilidade de uma lei com a Constituição Estadual. Portanto, a ideia de controle de constitucionalidade já havia sido sustentada.

As diversas Constituições do Brasil abordaram o tema, com exceção da Constituição do período imperial de 1824. Inaugurou-se o controle de constitucionalidade no sistema brasileiro com a Constituição de 1891. O modelo norte-americano de controle difuso influenciou já a chamada Constituição provisória de 1890, que trouxe no artigo 58, § 1º, *a e b*, a previsão legal. Com a Constituição de 1934 houve significativas reformas, contudo, manteve-se o modelo anterior de controle difuso. A Constituição de 1934 regulamentou com mais preciosismo a matéria, introduzindo novas regras. A partir do artigo 179, nos tribunais, a inconstitucionalidade somente poderia ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Ademais, passou ao Senado Federal a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (artigos 91, IV, e

96). Buscou-se com tal deliberação conferir efeitos *erga omnes* às decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal. De lá para cá - Constituição de 1988 -, houve muitas mudanças, sempre exaltando e aprimorando o controle difuso. No entanto, a partir da Emenda Constitucional 16, de 26.11.1965, é que realmente se confirmou a primeira manifestação de controle concentrado ou abstrato na história do direito brasileiro. A Constituição de 1988 trouxe inúmeras inovações: i) extensão dos legitimados a proporem a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); ii) criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); iii) a volta da representação de inconstitucionalidade, âmbito estadual (art. 125, § 2º); iv) limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

O controle de constitucionalidade é possível graças a supremacia e a rigidez da Constituição. É na Constituição que resta assentada a vontade e o desejo da sociedade. O controle de constitucionalidade entra neste contexto com o propósito de oxigenar os direitos fundamentais e de tornar possível uma sociedade igualitária, com fundamento no Estado Democrático de Direito.

Ao se tratar dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade aferiu-se que o questionamento acerca da natureza jurídica da declaração – declaratória/nulidade ou constitutiva/anulabilidade - perdeu um pouco de força. Observou-se, assim, que o sistema jurídico brasileiro está em transformação. Antes se assentava sem sombra de dúvida que a declaração de inconstitucionalidade possuía efeitos *ex tunc*, aplicando-se a teoria da nulidade. Esta era a regra. Ato inconstitucional é ato inválido, nulo, que não produz efeitos. Todavia, com o passar do tempo, esta regra acabou se abrandando diante da teoria da anulabilidade, que salienta que a declaração de inconstitucionalidade possui efeitos *ex nunc*. Dentro deste contexto é que se originou a Lei nº 9.868/99 e o artigo 27, que possibilita a modulação dos efeitos temporais para frente, desde que presentes dois requisitos: formal – ligado ao quórum para julgamento – e material – ligada a demonstração objetiva de qualquer risco à segurança jurídica ou excepcional interesse social. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle incidental e em ação direta, por sua vez, são distintos. No primeiro a declaração produz efeitos *inter partes* e *ex tunc*, como regra. Lembre-se aqui que o STF e o TJ/PR já se utilizaram do contido no art. 27 da Lei nº 9.868/99 em sede de controle difuso. No segundo a declaração produz

efeitos *erga omnes*, vinculativos e *ex tunc* ou *ex nunc*, tudo dependerá do caso a ser analisado.

No controle incidental exercido pelo STF, por meio de recurso extraordinário, deverá haver após o julgamento a comunicação ao Senado Federal para que este suspenda a execução da norma (art. 52, X, CF). Tal diligência se faz presente desde a Constituição de 1934 e objetiva conferir efeito *erga omnes*. Com efeito, a Reclamação 4335/AC, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, pendente de julgamento pelo STF ainda, poderá alterar a sistemática. Dependendo do rumo que a decisão final ter, alterar-se-á o disposto no art. 52, X, da CF, equiparando os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado, bem como se atribuirá efeito *erga omnes* e vinculantes às decisões emanadas do controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal.

São diversas as ações que buscam apreciar a compatibilidade do ato normativo com a Constituição: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção e ação direta interventiva. Não há dúvidas, além disso, que algumas dessas ações não objetivam essencialmente a declaração de compatibilidade ou não. Ademais, ficou ajustado na presente pesquisa os efeitos de cada uma, enfatizando-os na ADI, ADI por omissão, ADPF e ADC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Portugal: Almedina, 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROMEU, Luciana Campanelli. **A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal**: casos julgados e proposta de alguns limites. In: Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2010.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. **Efeito transcendente e concentração do controle difuso na jurisprudência (autocriativa) do Supremo Tribunal Federal**. In: Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade. Salvador: Juspodivm, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Daniel, MITIDIERO. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26º ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Teoria do diálogo: o controle judicial fraco como forma dialógica de implementar direitos sociais e econômicos**. In: Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade. Salvador: Juspodivm, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição**

constitucional. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 07 out. 2013.

VELOSO, Zeno. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** In: Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade. Salvador: Juspodivm, 2010.