



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS**

SAMANTHA LAÍS SOARES MICKIEVICZ

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL – ANÁLISE DA
CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99**

**BRASÍLIA
2012**

Samantha Laís Soares Mickievicz

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL – ANÁLISE DA
CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

Brasília

2012

AGRADECIMENTOS

À minha linda mãe, pessoa mais incrível que já conheci, por toda dedicação e carinho e ao meu querido pai, *in memoriam*, o qual se faz sempre presente em meu coração.

Aos meus irmãos e sobrinhos, por todos os sorrisos arrancados.

Ao meu namorado Leonardo, pelo incentivo, ajuda, madrugadas a fio e amor encharcado.

Ao meu orientador, Professor Alvaro Ciarlini, por toda atenção e contribuição prestadas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	10
1.1 Conceito	10
1.2 Fundamentos	12
1.2.1 <i>Princípio da Supremacia e Princípio da Rigidez</i>	12
1.3 Origem do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e outros modelos	14
1.3.1 <i>Origem no Brasil</i>	14
1.3.2 <i>Modelo americano</i>	17
1.3.3 <i>Austríaco</i>	20
2 ESPÉCIES E MECANISMOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	21
2.1.1 <i>Critério de forma ou conteúdo (formal e material)</i>	21
2.1.2 <i>Critério proibitivo e preceptivo (por omissão e por ação)</i>	24
2.1.3 <i>Critério subjetivo ou orgânico (difuso e concentrado)</i>	26
2.1.4 <i>Critério quanto à forma do controle (por via incidental e por via principal)</i> ..	28
2.1.5 <i>Controle por via da ação direta de inconstitucionalidade</i>	30
2.1.6 <i>Ação direta genérica de inconstitucionalidade</i>	34
2.1.7 <i>Ação declaratória de constitucionalidade</i>	38
2.1.8 <i>Arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma</i>	41
2.1.9 <i>Ação direta de inconstitucionalidade por omissão</i>	43
3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS	47
3.1 Aspectos essenciais	47
3.2 Eficácia temporal da decisão	49
3.2.1 <i>Ex tunc</i>	50
3.2.2 <i>Ex nunc</i>	51
3.2.3 <i>Pro futuro</i>	51
3.2.4 <i>Efeito repristinatório</i>	52
3.2.5 <i>Restrição dos efeitos da decisão proferida no controle abstrato</i>	54
3.2.6 <i>Precedentes do STF anteriores à Lei 9.868/99</i>	56
3.2.7 <i>Análise da aplicabilidade do art. 27, da Lei 9.868/99</i>	58
3.3 A constitucionalidade do dispositivo	61
3.3.1 <i>Estudo de caso: Resp 197.917/SP</i>	61
3.4 Aplicabilidade dos conceitos de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social do art. 27, da Lei 9.868/99	63
3.4.1 <i>Razões de segurança jurídica</i>	63
3.4.2 <i>Excepcional Interesse Social</i>	66
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	71

MICKIEVICZ, Samantha Laís Soares.

Modulação dos Efeitos Temporais pelo Supremo Tribunal Federal – análise da constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99. Brasília: UniCEUB, 2012.

73 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Ciarlini.

Samantha Laís Soares Mickievicz

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL – ANÁLISE DA
CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99**

Monografia apresentada como requisito para conclusão
do curso de bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

Brasília, de de 2012

Banca Examinadora

Prof. Dr. Alvaro Ciarlini
Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

Discorre-se acerca dos efeitos provocados por uma lei declarada inconstitucional, e como devem ser examinados no lapso temporal em que existiram. Indaga-se, dessa forma, a possibilidade de se considerar uma modulação de efeitos temporais das decisões, no sentido de que haja ou não uma restrição de efeitos da declaração para que ela só venha a ter eficácia em momento posterior. Para tanto, faz-se um breve estudo do direito comparado, dos controles de constitucionalidade no modelo brasileiro e a análise do artigo 27, da Lei 9.868/99, que trata da questão.

Palavras-chave: Direito Constitucional – Controle de constitucionalidade – Nulidade e anulabilidade das normas – Princípio da Supremacia e da Rigidez da Constituição – Razões de Segurança Jurídica – Excepcional Interesse Social

INTRODUÇÃO

O sistema constitucional brasileiro, pouco mais de 20 anos após a promulgação da Constituição Federal de 88, passou por algumas mudanças, algumas mais silenciosas, outras mais radicais, tudo em consequência de um novo contexto experimentado, pós-ditadura militar.

O Texto Fundamental, mais do que nunca, passou a ser o centro do ordenamento jurídico, servindo de base para interpretação e promulgação de normas outras, que devem buscar estar em consonância com os preceitos constitucionais de maneira formal e material, sob pena de verem-se obrigadas a deixar de fazer parte do ordenamento, uma vez que consideradas inconstitucionais.

Em decorrência desse status da Constituição, princípios como o da Supremacia e o da Rigidez são pontos norteadores, os quais consagram a Carta como a Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Por tais razões que o controle de constitucionalidade, ensaiado de maneira ainda mais robusta com a Constituição de 88, mostra ter um papel de suma importância no ordenamento jurídico, servindo para resguardar direitos e garantias assegurados pelo Texto Fundamental.

O presente trabalho, no decorrer de seus capítulos, discorre acerca do controle, dos seus modelos, das espécies de inconstitucionalidades e dos efeitos temporais de uma norma considerada inconstitucional.

Passando pelos conceitos básicos, pelos princípios da supremacia e da rigidez, por doutrina estrangeira, pelos modelos adotados no ordenamento brasileiro, bem como a origem do controle de constitucionalidade no Brasil, o primeiro capítulo faz as considerações básicas do presente trabalho, com vistas a contextualizar o tema abordado.

O conceito de norma jurídica por Kelsen abre o primeiro capítulo, discorrendo-se acerca da validade e da eficácia da norma, de maneira que por meio do sistema escalonado proposto pelo Autor, a norma fundamental exerce qualidade de validade última de todo o sistema normativo, servindo como base para este.

Adiante, passa-se a uma breve pincelada nos contornos históricos do controle de constitucionalidade no país, fazendo-se alguns relatos sobre como as Constituições brasileiras abordaram o assunto.

O famoso caso *Marbury v. Madison*, que emprestou o modelo do controle difuso para o Brasil, também é comentado, com vistas a contextualizar o referido modelo e como ele é abordado no nosso ordenamento.

O segundo capítulo traz à tona as espécies e os controles de constitucionalidade, os critérios usados pela doutrina para fazer distinções entre um controle e outro, bem como os mecanismos usados pelo ordenamento jurídico pátrio para viabilizar que tais controles se deem de maneira efetiva.

Comenta-se a respeito de cada mecanismo e sobre os efeitos temporais que habitualmente são aplicados em cada um deles.

O terceiro capítulo, por seu turno, traz os efeitos que uma norma declarada inconstitucional acarreta no tempo de sua vigência e de que maneira o Supremo Tribunal Federal tem agido para minimizar os problemas dela advindos, buscando resguardar ao máximo as relações que se deram neste interregno.

Neste contexto, fazem-se comentários sobre a Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Pretório Excelso, mais especificamente sobre seu artigo 27, que consagra a modulação dos efeitos temporais da norma inconstitucional.

A teoria da nulidade e da anulabilidade também são abordadas, de maneira a se questionar a rigidez com que são aplicadas por parte da doutrina e se a diferenciação que muitas vezes se tenta fazer dos dois institutos seria motivo o suficiente para obrigar a manutenção dos efeitos produzidos pelos atos nulos.

Discorre-se ainda sobre efeitos outros além do retroativo, que é regra no ordenamento jurídico brasileiro quanto à inconstitucionalidade de um ato normativo, como o efeito ex nunc e o pro futuro, sendo esse último novidade com relação a outros mais utilizados no ordenamento pátrio.

Frente às peculiaridades advindas de determinadas situações, realiza-se um estudo de caso, além de outros citados, que foi levado à apreciação do Supremo, que teve que optar por outra saída além da aplicação da regra da teoria da nulidade, baseando-se no princípio da segurança jurídica e da presunção da validade dos atos normativos.

É feita também uma sucinta análise da aplicabilidade do artigo 27, da Lei 9.868/99, discorrendo-se ainda acerca das duas expressões contidas no dispositivo, as quais, razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Procura-se examinar em quais oportunidades os institutos podem ser aplicados, ressaltando-se, ainda, que os casos que ensejam o emprego, devem levar em consideração o interesse do cidadão e da sociedade quando em contraposição com o interesse do Estado.

Por derradeiro, registra-se que a metodologia escolhida para desenvolver o trabalho será a dogmática-instrumental, que se fez por meio da pesquisa bibliográfica e documental, envolvendo o exame de livros, artigos doutrinários, legislação e decisões judiciais relacionadas ao tema proposto.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Conceito

Para que seja feita uma explanação do conceito de constitucionalidade, vale primeiramente prestar esclarecimentos acerca da norma jurídica e de sua conceituação – aqui pautada pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen –, bem como sua validade e eficácia.

Segundo o autor austríaco, norma, no sentido mais geral, significa que algo deve ser¹, caracterizada como o sentido de um ato de vontade, de forma que este se pauta na esfera do ser, enquanto seu significado no âmbito do dever ser.

Por sua vez, a norma jurídica faz parte de um sistema, e caso seja observada sua violação, há previsão de uma sanção, ou seja, uma força organizada que estabelecerá uma pena ou uma execução².

Nesse sentido, a depender do comportamento do indivíduo, haverá uma norma jurídica relacionada ao ato, de maneira que, existindo divergência entre os dois, implicar-se-á em uma sanção socialmente constituída.

O autor Fábio Ulhôa Coelho afirma que a norma jurídica, aquela editada pela autoridade competente, possui índole prescritiva, enquanto a proposição jurídica, advinda da doutrina, tem caráter descritivo³. Nesse sentido, a norma é descrita por proposições jurídicas, enquanto a prescrição serve para delimitar condutas, de maneira que as normas seriam então prescrições e seus intérpretes responsáveis por fazer proposições jurídicas.

Dito isso, cabe ressaltar que, ao passo que a validade se refere à aplicação do cumprimento da norma, a eficácia faz alusão à sua efetiva observância, ou seja, se ela se concretiza ou não se concretiza em determinado caso.

¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

² *Idem*, p. 47.

³ COELHO, Fábio Ulhôa. **Roteiro de Lógica Jurídica**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

Assim, para que a norma produza efeitos, é necessário que seja válida. Consoante Kelsen, a norma possui validade ao existir juridicamente e ao pertencer a certo ordenamento jurídico, tendo em vista que se originou conforme preceitos observados por outra norma do sistema⁴.

Determinada norma existe e institui obrigações quando tiver sido concebida de acordo com o estabelecido em norma superior. Observado esse mecanismo, há de se ter uma norma que estabeleça termo para que não se remeta ao infinito, Kelsen então a presume como sendo a norma fundamental⁵.

Segundo o autor, a norma fundamental é fictícia, não materializada, sendo, na verdade, pressuposta. Exerce sua qualidade de validade última de todo o sistema normativo, de maneira que as ordens estabelecidas pelo constituinte originário devem ser obedecidas, sendo irrelevante o conteúdo dessa Constituição⁶.

Em sua teoria, pouco importa ao Direito se uma norma produz efeitos bons ou ruins, se é verdadeira ou falsa, levando-se em conta apenas se é válida ou inválida. Admite-se somente o juízo de valor no que se refere à compatibilidade das condutas do homem às normas, que, por sua vez, devem respeitar as que lhe sejam superiores. São as palavras do autor⁷:

Diferentes são as normas de direito. Estas não valem por causa do conteúdo. Todo e qualquer conteúdo pode ser direito. Não existe conduta humana que, como tal, por sua essência, esteja excluída de tornar-se o conteúdo de uma norma jurídica. Sua validade não pode ser, por isso, questionada se seu conteúdo não corresponder a um valor material ou moral de algum modo estabelecido. Uma norma vale como norma jurídica apenas porque foi estabelecida de modo bem determinado, criado segundo uma regra bem determinada e estabelecida de acordo com um método específico.

Feitos esses breves comentários, cabe agora fazer anotações acerca do conceito jurídico de inconstitucionalidade e o seu controle necessário, que existe com o

⁴ KELSEN, Hans Op., cit., p. 51.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Idem, Ibidem*, p. 124-125 e 132.

⁷ KELSEN, Hans. Op., cit., p. 122-123.

escopo de resguardar a Constituição como ordem jurídica fundamental. Segundo Jorge Miranda, citado pelo autor Oswaldo Luiz Palu⁸:

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, ou seja, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não em seu sentido. Diz-se que a inconstitucionalidade reside no antagonismo e contrariedade do ato normativo inferior (legislativo ou administrativo) com os vetores da Constituição, estabelecidos em suas regras e princípios (normas). A relação de compatibilidade ou incompatibilidade vertical implica uma relação de caráter normativo-valorativo e não simplesmente lógico-formal.

É dizer que o controle de constitucionalidade tem como objetivo maior a supremacia constitucional, ao passo que as normas inferiores buscam sua validade na Constituição, ocupando esta o ápice do sistema escalonado de Kelsen⁹. Tal sistema, ressalta-se, não é essencialmente hierárquico, haja vista que é dinâmico. Para o autor, a norma que está acima confere competência de cunho substancial e formal às demais normas, não contendo, necessariamente, uma ordem hierárquica vertical.

Assim, verificando-se desconformidade da norma com a Carta Magna, deve ser aplicada a competente sanção, de maneira a se preservar a segurança das relações jurídicas, que não devem se apoiar em normas inválidas.

1.2 Fundamentos

1.2.1 Princípio da Supremacia e Princípio da Rigidez

Os princípios da supremacia e da rigidez são de suma importância para o sistema constitucional pátrio. Quanto ao primeiro, cabe se valer das palavras de J. J. Gomes Canotilho¹⁰:

A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estudo de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia –

⁸ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.62-63.

⁹ KELSEN, Hans. Op., cit., p. 132.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 245-246.

supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o “primado do direito” do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.

Ressalte-se que dada a sua relevância, o princípio da supremacia mesmo que não observado de maneira expressa, pode ser averiguado através da interpretação de diversas normas constitucionais. De maneira implícita foi consagrado no ordenamento jurídico pátrio, como se pode observar nas palavras do Ministro Celso de Mello, extraídas em julgamento da ADin 2.215/PE, comentado pelo autor Olavo Alves Ferreira¹¹, *in verbis*:

Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental.

Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia – nenhum ato do Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica.

O poder supremo da Carta Maior se baseia no pressuposto de nela subsistir uma superioridade hierárquica em relação aos outros atos normativos, de maneira tal que o princípio da rigidez se faz presente como mecanismo hábil a garantir a preeminência material e formal das normas constitucionais.

Dessa forma, as normas anteriores que sejam contrárias ao comando constitucional novo, dele não farão parte, ficando, portanto, revogadas. As normas posteriores, uma vez contrárias à Constituição, devem passar pelo processo de controle para que assim sejam declaradas nulas.

Também considerado pressuposto de controle de constitucionalidade, o princípio da rigidez estabelece um processo de elaboração da norma constitucional mais complexo frente àquele apto a conceber normas infraconstitucionais, sendo possível, assim, a existência da distinção formal entre a norma paradigma e a que se submete ao controle.

Tal processo se faz presente quando se trata de emenda constitucional, que, vale comentar, por ter a mesma força hierárquica de norma constitucional, possui método

¹¹FERREIRA, Olavo Alves. Op. cit., p. 24-25.

diferenciado de iniciativa, deliberação e promulgação, mais dificultoso que o de uma lei ordinária.

A título de esclarecimento, os legitimados a apresentar proposta de emenda à Constituição, consoante seu artigo 60, são: Presidente da República; 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou 1/3 dos membros do Senado Federal; mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. A proposta será então discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver em ambas 3/5 dos votos dos respectivos membros.

Convém fazer a ressalva de que observado ou não o princípio da rigidez em um ordenamento jurídico, a estabilidade do Texto Maior não depende somente de sua forma, mas do equilíbrio das forças sociais e econômicas que lhe dão apoio e sustento¹².

A imutabilidade, decorrente da qualidade estável de uma Constituição, não pode ser levada às últimas consequências, de maneira que se permita fazer uma adaptação dos textos constitucionais ao desenvolvimento e às mudanças experimentadas pela sociedade¹³.

1.3 Origem do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e outros modelos

1.3.1 Origem no Brasil

Na primeira Constituição brasileira, outorgada por Dom Pedro I em 1824, não havia um controle de constitucionalidade das leis, o que existia, na verdade, conforme seu artigo 15, inciso IX, era um dever imposto à Assembleia Geral – composta pela Câmara de Deputados e Câmara de Senadores – de velar pela Constituição¹⁴.

¹² FERRARI, Maria Regina Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.61-62.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Constituição Política do Império do Brasil. Constituição de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 21 de outubro de 2011.

Porém, esse dever atribuído à Assembleia Geral, que, num primeiro momento poderia ser visto como um estágio em direção a um controle de constitucionalidade brasileiro, sofreu limitações pelo Poder Moderador exercido pelo Imperador, que possuía a prerrogativa de velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes, podendo até mesmo alterar as decisões do Poder Legislativo, por critérios distintos da legalidade ou constitucionalidade¹⁵.

A Constituição Federal de 1891, por sua vez, sofreu profundas mudanças, vez que “o regime republicano trouxe marcada influência do direito norte-americano, sendo inaugurado o controle judicial da constitucionalidade das leis”¹⁶.

O controle foi então colocado nas mãos do Supremo Tribunal Federal por meio da Carta Maior. Mostrando-se tímido num primeiro momento, foi alvo de dúvidas quanto à sua aplicação, resolvendo-se a questão após trabalhos de Rui Barbosa, que mostrou o alcance dos referentes dispositivos constitucionais¹⁷. Posteriormente a Lei 221 de 1894 foi mais afundo no assunto, atribuindo aos tribunais e aos juízes o controle da constitucionalidade¹⁸.

Em 1934 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, caracterizada pela ascensão de Getúlio Vargas ao poder. Marcada por diversas inovações, o autor Olavo Alves Ferreira assim comenta a Carta¹⁹:

Na Constituição de 1934 foi mantido o controle difuso, incidental, surgindo importantes inovações tais como: *quorum* mínimo para a declaração (art. 179); competência do Senado para suspender, com efeitos *erga omnes*, a execução de lei declarada inconstitucional pelo Judiciário (art. 91, IV); possibilidade do Supremo Tribunal Federal, após ser provocado pelo Procurador Geral da República, declarar a inconstitucionalidade de lei estadual (art. 12), desde que ocorresse violação de algum dos princípios constitucionais sensíveis, a “cujo respeito estiver o Estado obrigado por força da Constituição Federal”.

Quanto à Constituição brasileira de 1937, comenta o autor que se teve no país um grande retrocesso em matéria de controle de constitucionalidade, havendo sequer

¹⁵ FERREIRA, Olavo Alves. Op. cit., p.31-32.

¹⁶ PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 110.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 111.

¹⁹ FERREIRA, Olavo Alves. Op., cit., p. 32-33.

oportunidade para sua atuação. Foi prevista uma outorga excessiva de poderes ao Presidente da República, que, a título de exemplo, baseado no bem-estar do povo ou na promoção ou defesa do interesse nacional, tinha a faculdade de submeter ao Parlamento uma lei reconhecidamente inconstitucional para nova apreciação, de maneira tal que era possível desconstituir decisão emanada pelo Supremo²⁰.

Em contrapartida, a Carta promulgada em 1946²¹, reestabeleceu o controle de constitucionalidade exercido pelo poder Judiciário, incumbiu o Senado de suspender a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão do Supremo, conservou o controle incidental de constitucionalidade e, ainda, previu a possibilidade de intervenção federal nos Estados, caso se por partes destes fosse detectado desrespeito aos princípios constitucionais elencados no art. 7º, inciso VII²².

A Emenda Constitucional número 16 de 1965 introduziu no ordenamento jurídico o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, com a finalidade de preservação do ordenamento jurídico pátrio, resguardando a supremacia da Constituição²³.

O Texto Fundamental de 1967 não trouxe muitas mudanças, mantendo-se o controle difuso e o abstrato. A Emenda número 1 de 1969, por seu turno, conferiu aos

²⁰ FERREIRA, Olavo Alves. Op., cit., p. 32-33.

²¹ *Idem.*

²² “Art. 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou a de um Estado em outro;

III - pôr termo a guerra civil;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes estaduais;

V - assegurar a execução de ordem ou decisão judiciária;

VI - reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida externa fundada;

VII - assegurar a observância dos 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.”

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 24/10/2011.

²³ FERREIRA, Olavo Alves. Op., cit., p. 33.

Estados-membros o poder de fiscalizar a constitucionalidade, por meio de representação interventiva, da lei municipal frente aos princípios sensíveis encontrados na Carta Magna²⁴.

Outra novidade trazida, agora pela Emenda 7 de 1977 foi a previsão de liminar arguida pelo Procurador Geral da República, em representações por ele encaminhadas²⁵.

A atual Constituição manteve então a declaração de inconstitucionalidade por via de defesa e por via de ação direta, trazendo ainda várias novidades com o intuito de tornar mais efetivo o controle pátrio.

Dentre as inovações, podem-se destacar: a citação prévia por parte do Supremo do Advogado-Geral da União para defender ato ou texto impugnado; em casos de controle por omissão, a ciência ao Poder competente para que sejam adotadas medidas necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-las em trinta dias; incumbência dos Estados de se instituir representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125)²⁶.

1.3.2 *Modelo americano*

Antes de adentrar nos comentários acerca do conhecido caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, vale fazer primeiramente uma breve contextualização histórica do país naquele momento.

O Presidente da República John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana nas eleições realizadas em 1800 nos Estados Unidos. Thomas Jefferson foi eleito o novo presidente, tomando posse em março de 1801²⁷.

Ao final de seu mandato, John Adams, buscando manter sua influência política através do Judiciário – ante a sua derrota no Legislativo e no Executivo – fez aprovar

²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 89.

²⁵ *Ibidem*, p. 90.

²⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p.102

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

juntamente com o Congresso uma lei pela qual se reduziu o número de Ministros da Suprema Corte (com vistas a impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entraria), e criou novos cargos para juiz federal, a serem preenchidos por seus aliados²⁸.

Outra lei, logo após a supracitada, autorizou ainda a nomeação de quarenta e dois juízes de paz às vésperas da posse do novo presidente. No entanto, o Secretário de Estado de John Adams, John Marshall, encarregado de entregar os atos de investidura aos novos magistrados, não teve tempo para concluir o encargo, e alguns dos então nomeados acabaram ficando sem recebê-los²⁹.

Contudo, Thomas Jefferson, ao tomar posse, determinou a James Madison, novo Secretário de Estado, a não entregar os atos de investidura aos que não os tinham recebido, e William Marbury foi um dos que não recebeu. Este, inconformado com a situação, entrou com ação judicial originária perante Suprema Corte (baseado em uma lei de 1789, que previa tal competência) para que reconhecessem seu direito ao cargo³⁰.

Acontece que, posteriormente, o Congresso revogou a lei que instituiu os juízes de paz ao cargo e seus ocupantes foram exonerados. Não obstante isso, o Presidente não reputava legítima decisão da Corte que determinasse ao governo a entrega dos atos de investidura, fazendo entender que caso assim fosse decidido, não iria cumprir³¹.

Ante esse cenário de controvérsias e hostilidade, a Suprema Corte estava diante de uma situação espinhosa ao que concerne o julgamento Marbury v. Madison. Sendo de destacar que, conforme bem ressaltado por Oswaldo Luiz Palu “indeferir simplesmente o pedido seria, conforme observou Crooskey, capitulação demasiado visível; afirmar apenas que a lei judiciária somente autorizava o *mandamus* pela Corte Suprema em grau de apelação era resultado insatisfatório³²”.

Não obstante isso, a decisão no caso Marbury v. Madison, apesar de toda a situação conflituosa que a cercava, ganhou grandes proporções entre os juristas da época,

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 4.

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ *Ibidem*, p. 5.

³² PALU, Oswaldo Luiz. Op., cit., p. 104.

vigorando até hoje como o mais afamado acontecimento da história constitucional. Tal feito foi possível, de acordo com o autor Luís Roberto Barroso, ao passo que:

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade da *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa³³.

Ao tratar da questão, Marshall, o então presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*), fez sua abordagem da seguinte forma: primeiramente afirmou que Marbury tinha direito à investidura do cargo e diante disso, que deveria haver um meio jurídico capaz de assegurá-lo. Fez, contudo, duas ressalvas, se o *writ of mandamus* constituía via própria e caso afirmativa a resposta, se a Suprema Corte tinha competência para concedê-lo³⁴.

Respondendo positivamente à primeira questão, passou-se à análise da possibilidade de atribuir a um agente do Poder Executivo determinação de tal natureza. Concluiu-se que, fora questões de fundo político ou atos de discricionariedade exclusiva conferida por lei ou pela Constituição, uma vez imposto (legal ou constitucionalmente) um dever ao Executivo, o Judiciário poderia ordenar seu cumprimento.

Quanto ao cabimento do *writ* perante a Corte, o Presidente fez um apontamento que ganhou larga notoriedade ao afirmar que a competência originária para julgar tal remédio não era elencada nas hipóteses conferidas na Constituição, motivo pelo qual uma lei ordinária não poderia estipulá-la, vez que ao agir assim, estaria inovando, indo além do estipulado pela Carta.

Para dar corpo a tal argumento, Marshall se baseou nos seguintes argumentos, conforme trecho do voto transcrito na obra do autor Luís Roberto Barroso³⁵.

Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Op., cit., p. 5.

³⁴ *Ibidem*, p.7.

³⁵ *Ibidem*, p. 8.

Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo. 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 regerà 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.

Colocando dessa maneira, a Suprema Corte trouxe à tona três fundamentos de grande importância no âmbito do controle de constitucionalidade; o poder supremo da Constituição, a nulidade de lei que lhe for contrária e o Judiciário como seu intérprete último.

Por derradeiro, vale destacar que nos Estados Unidos somente o controle difuso está presente, não havendo em se falar em controle direto. Porém, tem-se o efeito vinculante das decisões, como ressalva Alexandre de Moraes, citado por Olavo Alves Ferreira³⁶: “as decisões de mérito da Suprema Corte consubstanciam-se em precedentes obrigatórios a todos os tribunais inferiores e às autoridades administrativas”.

1.3.3 Austríaco

Assim como em quase a totalidade do continente europeu, até o início do século XX, não havia na Áustria procedimento de fiscalização de constitucionalidade. Tal procedimento só foi adotado no país a partir de 1920, por intermédio de Hans Kelsen³⁷.

Foi com a Carta de 1920 que se estabeleceu no país uma Corte Constitucional competente para a atuação da fiscalização de constitucionalidade em relação às leis em geral e aos regulamentos, por meio do modo concentrado, de maneira que aos tribunais ordinários não era dado o poder de examinar a constitucionalidade das leis³⁸.

Diferentemente do controle americano, que só funcionava no curso de um processo comum, no modelo austríaco o controle passou a ser verificado como motivo principal da ação. Os efeitos da declaração, destarte, estendem-se de forma *erga omnes*, possuindo caráter geral, vinculando a todos³⁹.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 103.

³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op., cit., p. 67.

³⁸ *Ibidem*, p. 68.

³⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op., cit., p. 208.

A partir da reforma de 1929, começou a se admitir no sistema jurídico austríaco o controle por via de exceção, no qual a lei inconstitucional deveria não mais ser aplicada após assim pronunciada pela Corte Constitucional, atribuindo-se, ainda, efeito retroativo a tal decisão anulatória⁴⁰.

2 ESPÉCIES E MECANISMOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Diversas são as classificações apontadas pela doutrina no que se refere ao controle de constitucionalidade das normas no direito brasileiro.

Critérios de classificação, como sabido, não são corretos ou incorretos, adequados ou inadequados. Na verdade, as diversas classificações serão úteis ou inúteis, a depender do assunto examinado.

Na presente obra, faz-se necessário, preliminarmente, visitar a doutrina que divide inconstitucionalidade em formal e material (critério de forma ou de conteúdo), e, em por omissão ou ação (critério proibitivo ou preceptivo). Quanto aos tipos de controle, em difuso e concentrado (critério subjetivo ou orgânico), e, em concreto e abstrato (critério adotado quanto à forma do controle).

2.1.1 Critério de forma ou conteúdo (formal e material)

Num primeiro momento, ressalta-se que a Carta Magna estabelece a maneira como devem ser criadas as leis e as demais normas primárias, então elencadas em seu artigo 59. Além disso, em sua substância, determinam-se condutas, preservação de certos valores e busca de determinados fins⁴¹.

⁴⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op., cit., p. 210.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Op., cit., p. 26.

Dito isso, a inconstitucionalidade formal estará configurada no momento em que um ato legislativo for criado em discordância com as normas de competência ou com o procedimento que determina as regras para sua inserção no ordenamento jurídico⁴².

Dessa forma, por mais que o conteúdo da norma seja compatível com a Constituição, se o procedimento pelo qual foi elaborada não respeitou as regras pré-estabelecidas constitucionalmente, haverá inconstitucionalidade de cunho formal.

Quanto aos vícios de competência, estes estarão presentes quando a Carta Magna determinar que certa norma jurídica deveria ter sido elaborada pela União, mas na verdade o foi por um dos Estados da Federação, por exemplo.

Nesse sentido, salienta-se o exemplo comentado pelo autor Luís Roberto Barroso, *in verbis*⁴³:

O vício mais comum é o que ocorre no tocante à iniciativa das leis. Pela Constituição, existem diversos casos de iniciativa privativa de alguns órgãos ou agentes públicos, como o Presidente da República (art. 61, § 1º), o Supremo Tribunal Federal (art. 93) ou o Chefe do Ministério Público (art. 128, § 5º). Isso significa que somente o titular da competência reservada poderá deflagrar o processo legislativo naquela matéria. Assim, se um parlamentar apresentar um projeto de lei criando um cargo público, modificando o estatuto da magistratura ou criando atribuições para o Ministério Público, ocorrerá inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa.

Outros exemplos de destaque ainda são anotados pelo autor, a seguir transcritos⁴⁴:

Há matérias que são reservadas pela Constituição para serem tratadas por via de uma espécie normativa específica. Somente lei complementar pode dispor acerca de normas gerais de direito tributário (art. 146, III) ou sobre sistema financeiro nacional (art. 192). Se uma lei ordinária contiver disposição acerca de qualquer desses temas, será formalmente inconstitucional. É que o *quorum* de votação de uma lei complementar é diverso do da lei ordinária. De vício formal padecerá, igualmente, emenda constitucional ou projeto de lei que, sendo emendado na casa revisora, não voltar à casa de onde se originou (arts. 60, § 2º, e 65). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite, como regra, o controle judicial de tramitação de projetos, salvo quando se trate de proposta de emenda constitucional violadora de cláusula

⁴²BARROSO, Luís Roberto. Op., cit., 26.

⁴³*Ibidem*, p. 27.

⁴⁴*Ibidem*, p. 27-28.

pétrea, além de ser extremamente restritiva na discussão judicial das questões regimentais em geral, referidas como *interna corporis*.

Por seu turno, na inconstitucionalidade material há uma dissonância entre a norma e o Texto Fundamental, de fundo substancial, de conteúdo, podendo ser esse confronto entre norma e regra constitucional ou entre norma e princípio constitucional⁴⁵.

Dotadas de naturezas distintas e independentes, a inconstitucionalidade material e a formal podem incidir simultaneamente em uma mesma norma jurídica, sendo de se destacar que quando presente uma delas ou as duas, a consequência ocasionada será a mesma, a de invalidade da norma⁴⁶.

Existe uma única hipótese em que as consequências serão distintas, no caso de uma lei infraconstitucional preexistente ser colidente com uma nova Constituição. Daí, se a inconstitucionalidade for de natureza material, a norma não poderá permanecer no ordenamento jurídico. Já se a inconstitucionalidade for de fundo formal – e não existindo, é claro, contradição no conteúdo – o Texto Fundamental irá recepcioná-la, passando a mesma a se submeter à nova ordem dali pra frente⁴⁷.

Luís Roberto Barroso, acerca do tema, comenta dois exemplos em que a nova Constituição recepcionou lei infraconstitucional preexistente⁴⁸:

a) O Código Tributário Nacional (CTN) foi promulgado como lei ordinária (Lei n. 5.172, de 25-10-1966), sob o regime da Constituição de 1946. Sobreveio a Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, que passou a prever que o sistema tributário seria regido por leis complementares. Pois bem: o CTN continuou em vigor, naquilo em que materialmente compatível com a emenda, mas passou a desfrutar de status de lei complementar, e, portanto, essa era a espécie normativa requerida para sua alteração.

b) Na maior parte dos Estados da Federação, o código de organização judiciária era editado por via de Resolução do Tribunal de Justiça. Com a promulgação da Constituição de 1988, passou a ser exigida lei para tratar da matéria. Os códigos existentes continuaram todos em vigor, válidos e eficazes, mas qualquer nova modificação passou a depender igualmente de lei.

⁴⁵BARROSO, Luís Roberto. Op., cit., p. 29.

⁴⁶*Idem*.

⁴⁷*Ibidem*, p. 30.

⁴⁸*Idem*.

Faz-se uma última consideração sobre o tema tratado, então comentado pelo autor e também por Oswaldo Luiz Palu⁴⁹, que é a de não existir inconstitucionalidade material superveniente. Não cabe falar, segundo os autores, em controle de constitucionalidade nesse caso, de maneira que as normas infraconstitucionais preexistentes serão revogadas, simplesmente.

2.1.2 *Critério proibitivo e preceptivo (por omissão e por ação)*

As normas existentes na Constituição Federal, assim como quaisquer outras, possuem comandos de caráter imperativo, os quais podem vedar ou impor determinadas condutas. Assim, pode-se ferir um comando constitucional quando se pratica ato nele proibido ou se abstendo de ato por ele exigido.

Feitas essas considerações, existe a inconstitucionalidade por omissão quando se deixa de praticar ato exigido pela Constituição, constituindo-se uma inércia não legítima.

Tal inércia acaba por violar a Carta Magna, de maneira que esta deixa de ser observada pela omissão ou não atuação do poder competente⁵⁰. De toda forma, é preciso ter em mente que além do dever de obstar que a Constituição venha a ser violada, é necessário que se estabeleçam regras para que ela seja inteiramente respeitada.

A omissão constitucional pode ser emanada de qualquer um dos três Poderes, Regina Maria Macedo Nery Ferrari assim comenta o assunto⁵¹:

Quaisquer das funções do Estado podem apresentar comportamentos omissivos inconstitucionais. Isto acontece com a função legislativa: quando da existência de normas constitucionais não exequíveis por si, o legislador recebe competência para integrá-las e não elabora as leis necessárias a sua efetiva aplicação; também com a função administrativa, quando o poder executivo recebe da Constituição competência para expedir regulamentos visando à execução das leis integrativas e não os expede, o que é denominado de omissão indiretamente inconstitucional, pois a não-expedição do regulamento impede a execução dessas leis e, conseqüentemente, a aplicação e realização do texto constitucional; e, ainda, com a função judiciária, quando da denegação da justiça.

⁴⁹ PALU, Oswaldo Luis. Op. cit., p. 73.

⁵⁰FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p.357.

⁵¹*Ibidem*, p. 358-359.

Nessa toada, o parágrafo 2º, do artigo 103, do Texto Maior preconiza que, uma vez declarada a omissão inconstitucional, ao Poder competente será dada ciência para que adote as medidas necessárias, e, quando se tratar de órgão administrativo, este deverá atuar no prazo de trinta dias⁵².

Vale comentar que a norma que enseja uma possível inconstitucionalidade por omissão é aquela que possui eficácia limitada, em que a Constituição não prevê normatividade suficiente para sua imediata aplicação, sendo necessária lei posterior para que ela possa ser regulamentada⁵³.

Destarte, essa norma constitucional exige uma ação dos órgãos competentes, de maneira que uma vez observada a inércia destes, haverá ferramenta hábil a garantir o exercício do direito, que apesar de previsto na Constituição, não está sendo gozado por haver ausência de regulamentação.

Já a inconstitucionalidade por ação, que também pode ser advinda de qualquer um dos três Poderes estatais, ocorre quando houver atos legislativos não compatíveis com a Carta Magna.

Como bem ressaltado pelo autor Luís Roberto Barroso, foi por conta desse tipo de inconstitucionalidade que foi construída toda a teoria e jurisprudência do controle de constitucionalidade. São as palavras transcritas em sua obra⁵⁴:

A referência à inconstitucionalidade por ação, portanto, abrange os atos legislativos incompatíveis com o texto constitucional. Foi em torno dessa situação, diga-se de passagem, que se construiu toda a teoria e jurisprudência do controle de constitucionalidade, desde o seu advento até pelo menos meados da década de 70 (do século passado, o XX). Os múltiplos modelos de controle de constitucionalidade – americano, austríaco, francês –, bem como as variadas modalidades de controle – político ou judicial, prévio ou repressivo, difuso ou concentrado, principal ou incidental –, foram concebidos para lidar com o fenômeno dos atos normativos que ingressam no mundo jurídico com um vício de validade. Todos esses mecanismos se destinam, de uma forma ou de outra, a paralisar a eficácia ou a retirar do ordenamento um ato que foi praticado, que existe uma lei inconstitucional.

⁵²Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 20 nov. 2011.

⁵³FERRARI, Maria Regina Macedo Nery. Op. cit., p. 362.

⁵⁴BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 31-32.

2.1.3 Critério subjetivo ou orgânico (difuso e concentrado)

Das modalidades de controle de constitucionalidade, duas conhecidas subdivisões são advindas do órgão judicial responsável por exercê-lo; controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade.

No que se refere ao controle difuso, comenta a doutrina que este teve seus primeiros delineamentos no caso *Marbury v. Madison* – já abordado no presente trabalho – em que John Marshall, então presidente da Suprema Corte americana, decidiu que, em havendo incompatibilidade entre a lei e a Constituição, é esta que deve prevalecer.

Com relação ao mencionado caso, fazendo comentários sobre o assunto, Luís Roberto Barroso cita Mauro Cappelletti em sua obra⁵⁵:

De fato, naquela decisão considerou-se competência própria do Judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento.

Nas palavras de Olavo Alves Ferreira, entende-se como controle difuso aquele que tem “a potencialidade de ser encetado por qualquer juiz ou tribunal, diante de um determinado caso concreto”⁵⁶.

Assim, tal controle permite que estes órgãos, uma vez por eles reconhecida a inconstitucionalidade de uma determinada norma, afastem sua aplicação no caso concreto.

Salienta-se que o controle difuso, segundo o autor em comento, será sempre incidental, tendo em vista que a questão constitucional não poderá ser a principal, pois o processo, nesse caso, tem por objeto questão diferente – em que o autor da demanda alega uma situação de vantagem – sendo a inconstitucionalidade suscitada incidentalmente⁵⁷.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 47.

⁵⁶ FERREIRA, Olavo Alves. Op. cit. p. 37.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 38-39.

Comenta ainda que o controle poderá ser usado em qualquer tipo de ação, inclusive em instrumentos tais como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação popular, o mandado de injunção, o *habeas data* e a ação civil pública, advindos da chamada jurisdição constitucional da liberdade⁵⁸.

Luís Roberto Barroso, por seu turno, comenta que o instituto do controle difuso e do controle por via incidental não se confundem, de maneira que o primeiro relaciona-se com o exercício regular da jurisdição, desempenhado por qualquer juiz ou tribunal, enquanto o segundo refere-se à apreciação do controle em um caso concreto⁵⁹.

De toda sorte, o controle difuso e a discricionariedade dada a qualquer juiz ou tribunal de exercê-lo são garantias de grande importância no ordenamento jurídico, haja vista que o controle concentrado, por si só, não seria o bastante para se estabelecer um sistema justo e eficaz, capaz de garantir a salvaguarda dos direitos humanos.

Já o controle concentrado “é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal”⁶⁰.

Nos países em que esse modelo foi adotado, as decisões proferidas pelo tribunal superior teriam o poder de vincular órgãos judiciais inferiores. Sobre o assunto, assim registra Luís Roberto Barroso⁶¹:

Como se sabe, nos países que seguem a tradição do *common law*, em contraposição aos que se filiam à família romano-germânica, existe a figura do *stare decisis*. Esta expressão designa o fato de que, a despeito de exceções e atenuações, os julgados de um tribunal superior vinculam todos os órgãos judiciais inferiores no âmbito da mesma jurisdição. Disso resulta que a decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória para todos os juízes e tribunais. E, portanto, a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não-aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida. De modo que a decisão, não obstante referir-se a um litígio específico, produz efeitos gerais, em face de todos (*erga omnes*).

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 40.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 47.

⁶¹ *Ibidem*, p. 48.

Da supracitada vinculação das decisões dos órgãos inferiores, deu-se a criação de um órgão exclusivo para cumprir a referida competência. Tal modelo foi vastamente utilizado na Europa e no Brasil a introdução se deu mediante Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965.

Com relação aos efeitos produzidos pelo controle abstrato, Oswaldo Luiz Palu assevera que⁶²:

Se uma lei posterior à Constituição for declarada inconstitucional, terá a Corte dito que a mesma é inválida, aplicando-se a sanção da nulidade com sentença de efeitos declaratórios normativos e, a partir daí, pela invalidade, nula torna-se a eficácia. Se tal nunca ocorrer (a Corte jamais se pronunciar nesse sentido) a lei supostamente inconstitucional é vigente e eficaz como qualquer outra, independentemente da opinião coloquial que dela se tenha (tem efeitos formais). Nula a norma, haverá efeito retroativo da decisão, salvo decisão em contrário do STF que poderá atribuir efeitos repristinatórios à decisão.

Feita essa consideração, o assunto será mais bem tratado em momento posterior do presente trabalho.

2.1.4 Critério quanto à forma do controle (por via incidental e por via principal)

Em referência à forma ou modo de controle judicial, fazendo a demarcação entre via incidental e via principal, Barroso faz a seguinte consideração quanto à primeira⁶³:

Diz-se controle incidental ou *incidenter tantum* a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição. É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio.

Assim, o controle incidental se dá quando ao avaliar determinado caso concreto, juízes e tribunais se deparam com a possibilidade de ter que declarar a

⁶² PROCURAR

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 49.

inconstitucionalidade de uma norma invocada pelas partes, como tese de defesa ou como fundamento da pretensão do autor⁶⁴.

Já o controle por via principal, ou também chamado de ação direta, é aquele não circunscrito às delimitações de um caso concreto, não necessitando de uma lide para ser suscitado. O que se busca é o exame acerca da constitucionalidade da norma em si.

O autor Luís Roberto Barroso bem explica o instituto do controle por via sua obra⁶⁵:

Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

Ainda sobre o tema, Barroso explica que a ação proposta visando a essa espécie de controle, está ligada a um processo objetivo, em que não há litígio nem partes, não há defesa de interesses individuais. E é justamente por possuir esse cunho institucional, de preservação da harmonia do sistema jurídico, que a legitimidade para propor tal ação é restrita a certos órgãos e entidades⁶⁶.

Nesse controle, diferentemente do que ocorre no incidental, não se recusa mais a aplicação da norma em um caso específico, e sim, a todas as situações que por ela são submetidas.

Vale comentar que alguns doutrinadores chamam o controle por via principal de controle abstrato, ou, ainda concentrado, sendo comum no Brasil o uso dessas duas designações para o mesmo instituto.

Sobre isso, o autor em referência assevera que o controle principal é associado ao controle concentrado e que, no país, regularmente terá índole abstrata, mas que

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 50.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁶ *Idem*.

não obstante, controle incidental e difuso não se equivalem, muito menos controle por via principal e controle concentrado⁶⁷.

Olavo Alves Ferreira, em sua obra, usa a denominação controle abstrato para o assunto aqui comentado:

No controle abstrato de constitucionalidade, diferentemente, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo em tese, neste caso por ação ou omissão independentemente da existência de uma lide. Já nessa via de controle, o próprio pedido da ação intentada será a inconstitucionalidade do ato, que deverá ser declarada no dispositivo da decisão, em julgamento *principaliter*⁶⁸.

De toda sorte, o presente trabalho não se aterá a essa discussão acerca da diferenciação de nomenclatura do instituto, usando-se para tanto controle por via principal ou ação direta, e, controle difuso e concentrado.

2.1.5 *Controle por via da ação direta de inconstitucionalidade*

A ação direta de inconstitucionalidade não se destina à resolução de conflito *inter partes*, cuida-se de um processo objetivo em que há uma discussão acerca da possível inconstitucionalidade da própria norma.

De acordo com Barroso, tal ação “destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição⁶⁹”.

Acerca do assunto, Olavo Alves Ferreira, fazendo citação de Clèmerson Clève, sustenta em sua obra que⁷⁰:

Trata-se de verdadeira ação, consistindo em “meio especial de provocação da jurisdição constitucional”. Não há um caso concreto a ser solucionado, o exame da lei ou ato normativo federal ou estadual será a tese. O objeto será a declaração da inconstitucionalidade, a fim de se garantir a segurança jurídica das relações que não podem ter como fundamento normas inconstitucionais.

⁶⁷ FERREIRA, Olavo Alves. Op. cit., p. 51.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 154.

⁷⁰ FERREIRA, Olavo Alves. Op. cit., p. 41.

A ação direta é cabível para atos normativos então elencados no artigo 59, da Carta Magna, quais sejam, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, bem como os tratados internacionais⁷¹.

Nesse diapasão, o autor certifica que por esse controle não se submete, segundo entendimento Supremo Tribunal Federal, norma constitucional primária, por não serem elas inconstitucionais.

Para tanto, faz nota a um julgado de relatoria do Ministro Moreira Alves numa ação direta de inconstitucionalidade, reproduzida em nota de rodapé e comentada por artigo retirado da internet, que aqui se transcreve⁷²:

A tese de que há hierarquia entre as normas constitucionais originárias dando asa à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompatível com o sistema de Constituição rígida.” Verifica-se que o Pretório Excelso não adotou a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais que possibilita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais não escritos e os postulados de justiça. Vale dizer, segundo os positivistas não há nenhuma norma hierarquicamente superior à Constituição Federal, elaborada pelo Poder Constituinte Originário, que vinculará sua atividade, que é ilimitada, incondicionada, soberana. Acrescenta o Ministro Moreira Alves: “Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102, *caput*), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer papel de fiscal do Poder Constituinte Originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios do direito suprapositivo.

Além das normas constitucionais primárias, também não estarão sujeitas ao controle concentrado: as leis ou atos normativos municipais; os atos normativos já revogados; os atos normativos anteriores à Constituição; os atos normativos de efeitos concretos; e os decretos, salvo os autônomos⁷³.

Quanto à competência para julgar a ação direta, consoante artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar,

⁷¹ FERREIRA, Olavo Alves. Op. cit., p. 42.

⁷² *Idem*.

⁷³ FERREIRA, Olavo Alves. Op. Cit. p. 42-43.

originariamente a ação direta de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual.

Já no artigo 103, são enumerados aqueles legitimados a propor ação, *in verbis*⁷⁴:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- a) I - o Presidente da República;
- b) II - a Mesa do Senado Federal;
- c) III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- d) ~~IV - a Mesa de Assembleia Legislativa;~~
~~V - o Governador de Estado;~~
- e) IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- f) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- g) VI - o Procurador-Geral da República;
- h) VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- i) VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- j) IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Feitas essas considerações, cabe o comentário de que na ação direta deve o autor mencionar o ato que considera estar em confronto com a Constituição, com as devidas razões.

Além disso, todos os dispositivos precisam ser atacados, de maneira que aqueles que não o foram, não podem ser considerados inconstitucionais, haja vista que o STF entende que a declaração de inconstitucionalidade a eles não se estende. Barroso assim comenta o assunto⁷⁵:

Como regra geral, o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento de que não pode estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos que não tenham sido impugnados, ainda que os fundamentos sejam os mesmos.

Acrescenta ainda que, com relação às funções exercidas pelo Tribunal, dentre elas não se encontra a de legislador positivo, haja vista que não lhe cabe a função de inovar no ordenamento jurídico. São suas palavras⁷⁶:

⁷⁴ Constituição Federal de 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 22 nov. 2011.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 155.

⁷⁶ *Idem*.

Quanto aos limites do papel a ser desempenhado pelo tribunal, o conhecimento convencional é no sentido de que ele só pode atuar como legislador negativo – paralisando eficácia de uma norma existente – mas não como legislador positivo, inovando no ordenamento jurídico pela criação de norma anteriormente existente.

Por essa razão, inclusive, que o Pretório Excelso diz ser incabível a declaração de inconstitucionalidade de apenas uma fração da norma legal, sob o alerta de que com isso, haveria o risco de criação de outra regra legal⁷⁷.

Sobre os efeitos da decisão proferida na ação em comento, Barroso, citando Alexandre de Moraes, afirma que após a edição da Lei 9.868/99, a doutrina afirma que são eles, via de regra, retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes⁷⁸.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, acerca do efeito *erga omnes* supracitado, por sua vez, menciona Clèmerson Clève:

“A decisão do Supremo Tribunal Federal produz coisa julgada oponível *erga omnes*, estendendo seus efeitos para além das partes (no sentido formal) residentes na relação processual objetiva” e por isso, em face da coisa julgada formal e material que a ela adere, deve ser respeitada pelo próprio Supremo e pelos demais órgãos do Judiciário, ressaltando que a coisa julgada, entretanto, não engessa ou congela, de modo definitivo, a decisão de nossa Suprema Corte, posto que no Brasil, como nos demais países, a alteração das circunstâncias fáticas pode “autorizar o deslocamento da compreensão constitucional dada à matéria”⁷⁹.

Relativamente à atribuição de nulidade ou anulabilidade da norma inconstitucional, prevalece no país a adoção da primeira, sob o argumento de que a eficácia da sentença declaratória opera retroativamente, vez que a lei considerada nula não possui condições de gerar efeitos⁸⁰.

Apesar de no Brasil não ter prevalecido a doutrina que confirmava a teoria da anulabilidade, não obstante isso, o STF amenizou, em vários casos, a teoria da nulidade,

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., nota de rodapé n. 5.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 195.

⁷⁹ FERRARI, Maria Regina Macedo Nery. Op. cit., p.231-232.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 271.

admitindo hipóteses em que a decisão não geraria efeitos retroativos. Alguns exemplos são transcritos da obra de Luís Roberto Barroso:

No caso de magistrados que haviam recebido, de boa-fé, vantagem pecuniária declarada inconstitucional: a remuneração foi interrompida, mas não foram eles obrigados a devolvê-la. Ou no do penhora realizada por oficial de justiça cuja lei de investidura foi considerada inconstitucional, sem que o ato praticado na condição de funcionário de fato fosse invalidado.

Realizadas essas considerações, há que se ressaltar que o grande enfoque da presente obra gira justamente em torno da conveniência de se modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade da norma.

Por essa razão, o assunto será mais adiante tratado de maneira pormenorizada, em capítulo próprio.

2.1.6 Ação direta genérica de inconstitucionalidade

Cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer e julgar, conforme artigo 102, I, “a”, da Carta Magna, a ação direta de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual.

Trata-se de verdadeira ação, tendo em vista que concretiza meio especial de provocação da jurisdição constitucional⁸¹. Conforme o autor Clèmerson Clève, a ação direta genérica de inconstitucionalidade⁸²:

Trata-se, porém de ação que inaugura um “processo objetivo”. Um processo que se materializa, do mesmo modo que os demais, como instrumento da jurisdição (constitucional concentrada); por meio dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, entretanto, como meio para composição de uma lide. É que, sendo “objetivo”, inexistente lide no processo inaugurado pela ação genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida. A ideia de Carnelutti segundo a qual “o processo é continente de que a lide é conteúdo” não se aplica ao processo mediante o qual atua a jurisdição constitucional concentrada. Em vista disso, em geral, os legitimados ativos da ação direta não buscam, precipuamente, com a provocação do órgão exercente da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade).

⁸¹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p.141-142.

⁸² *Idem*.

E ainda acrescenta⁸³:

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é, propriamente, a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo (o que pode ocorrer, não obstante, de modo indireto e reflexo). A ação direta de inconstitucionalidade presta-se, antes, para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional e não a tutela de situações subjetivas consubstancia a finalidade primeira (mas não exclusiva) da apontada ação. Por isso consiste em instrumento de fiscalização abstrata de normas, inaugurando “processo objetivo” de defesa da Constituição.

A Carta Magna, em seu artigo 125, § 2º, possibilita ainda a instituição de representação de inconstitucionalidade – ou seja, a propositura da ação em referência – de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

Nesse caso, o órgão competente para julgar e processar a ação é o Tribunal de Justiça, mesmo que a Constituição Federal não haja expressamente mencionado isso. Luís Roberto Barroso comenta que assim acontece por uma questão de lógica do sistema⁸⁴. No entanto, tal situação não é possível na apreciação da constitucionalidade de lei federal em face da Constituição Estadual, bem como de lei municipal em face da Constituição Federal.

De toda sorte, permite-se no sistema jurídico pátrio o ajuizamento simultâneo de ação direta perante o Tribunal de Justiça e o Supremo, quando do confronto entre lei estadual e a Constituição do Estado e, no segundo caso, de lei estadual e o Texto Maior. Nesse contexto, vale ressaltar que a decisão proferida pelo Supremo vincula o Tribunal Estadual, mas o contrário não se verifica⁸⁵.

Como comentado, com ajuizamento da referida ação instaura-se um processo objetivo, inexistindo partes ou litígio relativo a situações concretas ou particulares. De tais características a Corte brasileira tirou conclusões importantes, uma delas foi decidida pelo Supremo, em consonância com a Corte Constitucional alemã, que, uma vez intentada a ação direta, não é admitida a desistência, pelo princípio da indisponibilidade de instância⁸⁶. Tem-se o artigo 169, § 1º, do Regimento Interno do STF: “Proposta a representação, não se

⁸³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 142-143.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 157.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 147.

admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência⁸⁷”.

A legitimação passiva para propositura da ação é atribuída aos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato normativo que trata a ação, devendo-se ainda prestar informações ao relator do processo. A defesa da norma atacada caberá ao Advogado-Geral da União, que presta o papel de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público⁸⁸.

Em relação à legitimidade ativa, Luís Roberto Barroso anota as transformações percebidas no tocante ao exercício da jurisdição constitucional no Brasil, são suas palavras:

Desde a criação da ação genérica, em 1965, até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Mais que isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação, sem embargo de posições doutrinárias importantes em sentido diverso. Desse modo, era ele o árbitro exclusivo e final acerca da submissão ou não da discussão constitucional ao STF. Registre-se, por relevante, que o Procurador-Geral da República ocupava cargo de confiança do Presidente da República, do qual era exonerável *ad nutum*. Assim sendo, o controle de constitucionalidade por via de representação ficava confinado às hipóteses que não trouxessem maior embaraço ao Poder Executivo.

Em sua obra, Oswaldo Luiz Palu também trata do assunto acerca da ampliação da legitimidade ativa trazida pela Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

A ampliação da legitimidade foi útil pela acessibilidade permitida à jurisdição constitucional. Não pelos fatos ocorridos no regime político passado, posto que na ocasião a legitimidade ativa não era o maior problema ao funcionamento da jurisdição constitucional e sim a) a falta de garantias do titular exclusivo da ação, então demissível *ad nutum* pelo Poder Executivo; b) pelo próprio regime político da ocasião, sendo óbvio que pouco adiantaria existir um dispositivo como o art. 103 da atual Constituição à época.

⁸⁷ Regimento Interno do STF. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/portuguese/mesicic3_bra_regimento.pdf> Acesso em: 20 jan.2012.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 159.

Foi com o artigo 103 e incisos, da Constituição cidadã, que o rol de legitimados foi ampliado⁸⁹:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 VI - o Procurador-Geral da República;
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Destaca-se que apesar da ampliação da legitimação ativa proporcionada pelo artigo supracitado, o Supremo firmou entendimento em que fizera divisão em duas categorias: legitimação geral⁹⁰ ou legitimados universais⁹¹, os quais, tendo em vista suas próprias funções de resguarda do interesse na supremacia da Constituição, podem propor ação em qualquer hipótese; e a legitimação específica ou os legitimados especiais, em que cuja “atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada⁹²”.

São os legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

Os legitimados especiais são: o Governador do Estado e do Distrito Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, os quais, torne-se a dizer, devem demonstrar o requisito pertinência⁹³ para intentar a ação direta de inconstitucionalidade.

⁸⁹ Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 19 jan. 2012.

⁹⁰ PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 174.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 161.

⁹² *Idem.*

⁹³ PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 175.

2.1.7 Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade surgiu no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional número 3, de 17 de março de 1993⁹⁴ e foi modificada pela Emenda Constitucional número 45 de 2004, provocando-se modificação nos artigos 102, inciso I, alínea “a” e §2º e 103, *caput*, do Texto Fundamental, os quais trazem em seu texto⁹⁵:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

V - o Governador de Estado;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Não obstante a presunção de que a constitucionalidade⁹⁶ ser característica inerente a todo ato normativo emanado pelo Poder Público, a origem da referida ação se deu por conta de controvérsias constatadas em diversas situações. Diante disso⁹⁷:

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 228-229.

⁹⁵ Constituição Federal de 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 02 de abril de 2012.

⁹⁶ Sobre a presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, Luís Roberto Barroso em sua obra *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed.

Previu-se, assim, um mecanismo pelo qual se postula ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição, em hipóteses nas quais esse ponto tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes. Trata-se de uma ratificação da presunção.

Acerca da finalidade buscada pela ação declaratória de constitucionalidade, o autor ainda acrescenta⁹⁸:

A finalidade da medida é muito clara: afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria. É certo que todos os operadores jurídicos lidam, ordinariamente, com a circunstância de que os textos normativos se sujeitam a interpretações diversas e contrastantes. Por vezes, até câmaras ou turmas de um mesmo tribunal firmam linhas jurisprudenciais divergentes. Porém, em determinadas situações, pelo número de pessoas envolvidas ou pela sensibilidade social ou política da matéria, impõe-se, em nome da segurança jurídica, da isonomia ou de outras razões de interesse público primário, a pronta pacificação da controvérsia.

Nesta baila, cabe lembrar a discussão acerca da inconstitucionalidade do ato normativo em comento, que sofreu diversas críticas por parte de doutrinadores como Ana Maria Scartezzini, José Rogério Cruz e Tucci, Celso Bastos, Edvaldo Brito, Ives Gandra Martins, Fátima Fernandes de Souza Garcia e Geraldo Ataliba⁹⁹.

A discussão girava em torno de uma possível incompatibilidade com o princípio do devido processo legal, violação à separação dos Poderes, ao princípio da ampla defesa, ao do contraditório e ao da inafastabilidade do controle jurisdicional¹⁰⁰.

Em sede de controle incidental, o Supremo rejeitou todas as objeções apontadas, sob o argumento de que o controle concentrado de constitucionalidade possui natureza objetiva, não lhe sendo aplicável os preceitos constitucionais atinentes aos processos de caráter subjetivo¹⁰¹.

rev. São Paulo: Saraiva 2009, p. 373; leciona que o princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 230.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ FERREIRA, Olavo Alves. Op. cit. p. 49.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 231.

Ainda nesse contexto, vale destacar o pressuposto de cabimento específico da ação, que de acordo com o art. 14, da Lei 9.868/99, na petição inicial deverá estar indicada; a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória¹⁰².

O que se busca, portanto, é a harmonização da aplicação do direito nos casos concretos. O fato de se exigir controvérsia judicial fundamenta-se pela presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público. Dessa forma, somente por conta de ameaça à segurança jurídica e à isonomia, provocada por decisões discordantes, é que existirá interesse em agir e haverá legitimação da intervenção do Supremo¹⁰³.

Em relação aos efeitos provocados pela decisão que julgar procedente a ação declaratória, estes não restam engessados no tempo, ao passo que a sociedade acaba por experimentar alterações na conjuntura fática ou na realidade da norma, de maneira que esta pode ser constitucional hoje, mas não amanhã. Nesse contexto, Luís Roberto Barroso assim comenta em sua obra¹⁰⁴:

(...) a decisão que por maioria absoluta venha a considerar constitucional a norma apreciada – como a que julga procedente a ação declaratória ou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade – não impede que mais adiante se venha a impugnar, em controle por via principal, concentrado e abstrato, sua validade. É que, como assentado, podem sobrevir mudanças no ordenamento constitucional, na situação de fato subjacente à norma ou até mesmo na própria percepção do direito que deve prevalecer em relação a determinada matéria. Por essa razão, não preclui para o próprio Supremo Tribunal Federal a possibilidade de voltar a se manifestar sobre a matéria, se assim alvitrar.

O autor ainda acrescenta¹⁰⁵:

Ao contrário do que se passa com o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada norma, a declaração de sua constitucionalidade não produz qualquer efeito objetivo. De fato, a lei inconstitucional deixa de integrar o sistema ou perde sua eficácia. Mas a lei declarada constitucional continua seu ciclo normal de vida, dotada de vigência e validade, já agora remarcadas pela certeza jurídica que se formou.

¹⁰² Lei 9.868/99. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm > Acesso em: 03 de abril de 2012.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 235.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 240.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 241.

Conforme art. 28, parágrafo único do art. 28, da Lei 9.868/99, o efeito vinculante da decisão opera-se no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal, cabendo reclamação pelo art. 102, I, “I”, da CF, quando não houver submissão ao seu efeito vinculante.

Com relação aos efeitos temporais, o acolhimento da ação não influenciará nas situações jurídicas já existentes. Em razão disso, o art. 27, da Lei 9.868/99 diz respeito somente à flexibilização dos efeitos temporais referentes à decisão que declara a inconstitucionalidade da norma¹⁰⁶.

2.1.8 *Arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma*

Primeiramente, vale tecer comentários acerca do que seria um preceito fundamental. Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari, a Constituição é bastante limitada no que tange ao conceito de preceito fundamental, de maneira que¹⁰⁷:

(...) a Constituição oferece um conteúdo mínimo à expressão preceito fundamental, o que pode ser percebido, por exemplo, quanto às cláusulas pétreas e seus desdobramentos, isto é, quando ao proteger a Federação são elencados princípios sensíveis que, uma vez desobedecidos, acarretam a intervenção federal ou estadual, conforme determinam os princípios fundamentais do Estado brasileiro norteadores das relações internacionais.

A autora ainda comenta a omissão do legislador quanto à delimitação do que seria um preceito fundamental. A conclusão a que se chega é que o constituinte fez bem em agindo assim, pois só o caso concreto em determinado momento autorizaria uma adequada composição do descumprimento a preceito fundamental do Texto Maior¹⁰⁸. A sistemática adotada foi a de que ao Pretório Excelso cabe o trabalho interpretativo, tendo em vista que no texto da Constituição além daquilo que está expresso, existem preceitos implícitos.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 242.

¹⁰⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p. 440.

¹⁰⁸ *Idem.*

O artigo 102, §1º, da Constituição Federal, dispõe que¹⁰⁹: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

A Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, veio, portanto, para regularizar tal instrumento, visando à proteção da supremacia dos preceitos fundamentais, em seu artigo 1º tem-se que¹¹⁰: “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

Quanto aos efeitos subjetivos de uma decisão nessa ação, a eficácia será contra todos e haverá efeito vinculante concernente aos demais órgãos do Poder Público¹¹¹. Com relação aos efeitos objetivos, tem-se que¹¹²:

Quanto aos efeitos subjetivos, se a arguição tiver resultado de um ato normativo, serão análogos aos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Se se tratar de ato administrativo – disposição de edital de licitação ou de concurso público, por exemplo –, se acolhido o pedido deverá ela ser retirada do regime jurídico do certame, ou, se este já tiver ocorrido, poderá ser declarado nulo. No tocante à decisão judicial, se a simples afirmação da tese jurídica não produzir consequência apta a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, uma decisão específica deverá ser proferida pelo juiz natural (isto é, o órgão judicial competente para apreciar a questão concreta), levando em conta a premissa lógica estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto aos efeitos temporais, a Lei 9.982/99 considera a irretroatividade da decisão, havendo, no entanto, divergência doutrinária quanto ao assunto, da mesma forma como foi visto na ação direta de inconstitucionalidade. Há doutrinadores que consideram que a graduação temporal cabe à discricionariedade do Supremo e há aqueles que argumentam que uma vez que a norma foi afastada do ordenamento jurídico por conta de sua inconstitucionalidade, seus efeitos não podem ser considerados válidos¹¹³.

¹⁰⁹ Constituição Federal de 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 06 de abril de 2012.

¹¹⁰ Lei 9.882/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm> Acesso em 06 de abril de 2012.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 310.

¹¹² *Ibidem*, p. 311.

¹¹³ *Ibidem*, p. 312.

2.1.9 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Num primeiro momento, cabe dizer que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão nasceu por uma questão de necessidade de se ter numa Constituição a capacidade de se instituir direitos baseados em uma atuação material exigível, em que se fosse possível estabelecer objetivos vinculantes para os poderes instituídos.

Faltava normatividade às constituições brasileiras anteriores, pois desempenhavam um papel menor, mistificador, limitadas a pronunciar o que não era verdade e de fazer promessas incapazes de ser cumpridas¹¹⁴. Por esse motivo é que a Carta de 88, em seu artigo 103, §2º, que clara quanto ao assunto, prevendo que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para que sejam adotadas providências, e, no caso de órgão administrativo, o prazo será de trinta dias.

Quanto à finalidade do remédio ora em foco, o autor Clèmerson Clève ensina que¹¹⁵:

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão também não é defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo. Trata-se, ao contrário, de mecanismo voltado, precipuamente, para a defesa da Constituição. Aliás, para a defesa da integralidade da vontade constitucional. É procedimento apropriado para a declaração da mora do legislador, com o conseqüente desencadeamento, por iniciativa do próprio órgão remisso, do processo de suprimimento da omissão constitucional.

Sabe-se que ao legislador é facultado discricionariamente o ato de legislar, mas há situações em que é determinado pelo Texto Fundamental que o poder legislativo aja e não se omita, com vistas a editar norma que propicie a aplicação e efetivação de preceito constitucional. Se assim não o fizer, estar-se-á diante de um caso de inconstitucionalidade por omissão.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari explica que qualquer uma das funções do Estado pode se agir de maneira omissiva constitucionalmente¹¹⁶:

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 247.

¹¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 340.

¹¹⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 358-359.

Isto acontece com a função legislativa: quando da existência de normas constitucionais não exequíveis por si, o legislador recebe competência para integrá-las e não elabora as leis necessárias a sua efetiva aplicação; também com a função administrativa, quando o poder executivo recebe da Constituição competência para expedir regulamentos visando à execução das leis integrativas e não os expede, o que é denominado de omissão indiretamente inconstitucional, pois a não-expedição do regulamento impede a execução dessas leis e, conseqüentemente, a aplicação e realização do texto constitucional; e, ainda, com a função judiciária, quando da denegação da justiça.

Assim, vale dizer que todas as normas nascem constitucionais formalmente, quando se trata de Constituição do tipo rígida, que exige um método diferenciado na elaboração da norma. Dessa forma, por mais que uma norma constitucional seja hábil a gerar efeitos, a eficácia de algumas não se opera totalmente se não existir legislação posterior que complete e regularize sua significação.

Nessa toada, tem-se que¹¹⁷:

Existem normas constitucionais que necessitam complementação legislativa ou a realização de atos de outra natureza para sua efetiva aplicação e, portanto, a omissão inconstitucional se liga a uma exigência constitucional de ação, não sendo fundamentada pelos simples dever geral de elaboração normativa.

A omissão inconstitucional pode ser dar por inércia absoluta ou por uma atuação ineficiente, assim sendo, pode-se estar diante de diferentes níveis de omissão, que pode ser total ou parcial. A primeira ocorre quando ao legislador é dado o dever de agir e ele se opõe, não editando lei que deveria. Já a parcial pode ser classificada como relativa ou parcial propriamente dita¹¹⁸, nesta a norma existe, no entanto não satisfaz completamente o preceito consitucional, por insuficiência no corpo de seu texto.

A omissão relativa, por seu turno, acarreta muitas vezes desrespeito ao princípio da isonomia, quando, por exemplo, prevê determinado benefício a uma categoria, excluindo outras que teriam o mesmo direito.

Com relação à decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ela deverá, além de instituir a mora, cientificar o Poder competente ou ordenar que o órgão

¹¹⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p. 362.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 251-252.

administrativo tome as providências necessárias¹¹⁹. Na primeira situação, a Carta, por respeito ao princípio da separação dos Poderes, não prevê um prazo para a atuação, a saída então encontrada em momento posterior foi o estabelecimento de prazo que serviria mais como uma baliza, um prazo razoável, assim entendido pelo Supremo, para que o poder competente viesse a sanar a omissão.

Já em omissões perpetradas por órgão administrativo, o Texto Fundamental prevê o prazo de trinta dias, de maneira que o descumprimento ao prazo pode ocasionar responsabilização do agente público inerte¹²⁰. Porém, depois de mais de quinze anos da Constituição Cidadã, não se tinha precedente algum quanto à essa hipótese por parte do Supremo¹²¹.

O que acabou acontecendo, na verdade, foi que a ação em referência encontrou entraves para sua aplicação efetiva. Luís Roberto Barroso assim comenta o assunto¹²²:

A literalidade do §2º do art. 103 e a resistência do STF em dar-lhe sentido mais abrangente, sob o fundamento de que não pode tornar-se legislador positivo, tornaram a ação direta de inconstitucionalidade por omissão um remédio jurídico de baixa eficácia e, conseqüentemente, de uso limitado. A reduzida valia de mera ciência dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio para quem busca uma declaração de princípios, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado na sua supremacia. Por essa razão, autores diversos propõem uma redefinição do alcance do controle abstrato das omissões constitucionais.

Sobre o assunto, o autor ainda complementa dando dois exemplos emblemáticos vividos após a promulgação da Carta de 88¹²³:

Na experiência brasileira sob a Constituição de 1988, dois casos de inefetividade de normas constitucionais por omissão total ou absoluta tornaram-se emblemáticos: a) o do art. 192, §3º, que previa que as taxas de juros reais não poderiam ser superiores a 12%; e b) o do art. 37, VII, que dispunha sobre o direito de greve dos servidores públicos. Em ambos os casos o Supremo Tribunal Federal reconheceu a ocorrência de mora legislativa, mas entendeu, inicialmente, que na falta de norma

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 263.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 264.

¹²¹ *Idem*.

¹²² *Ibidem*, p. 264-265.

¹²³ *Ibidem*, p. 266.

regulamentadora o direito não poderia ser exercido. No caso do art. 192, §3º, a questão se resolveu pela revogação do dispositivo, efetuada pela EC n. 40/2003. Já a questão do direito de greve do servidor foi equacionada, como referido acima, por meio de mandado de injunção, tendo o STF determinado a aplicação provisória da lei que regula o exercício desse direito pelos trabalhadores em geral.

Com relação aos efeitos experimentados pela decisão em ação de inconstitucionalidade por omissão, Regina Maria Macedo Nery Ferrari faz a seguinte explanação¹²⁴:

(...) só a partir da data da declaração de inconstitucionalidade por omissão é que se sentirão os efeitos de tal decisão. Só a partir dessa data é que haverá a mudança de estado jurídico, isto é, só após a consideração do Supremo Tribunal Federal, através de um juízo de razoabilidade do tempo para emissão do ato ou da atuação do órgão competente, de que tal inércia ou omissão é violadora das normas constitucionais, é que se sentirão os efeitos de tal declaração, projetando-se para o futuro, embora em nosso sistema jurídico se resuma apenas ao ato de dar ciência ao poder competente e à determinação de prazo para a atuação do órgão administrativo.

Observe-se que a autora comenta “apenas o ato de dar ciência ao poder competente”, já mencionado no presente trabalho, em que se pôde ver que a eficácia da ação em comento acaba encontrando obstáculos para sua plena efetivação.

¹²⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 376.

3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS

3.1 Aspectos essenciais

Ao ser reconhecida a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, faz-se necessário indagar quais os efeitos dessa declaração, se seriam retroativos à data da promulgação da norma – efeito *ex tunc* – ou se teriam eficácia somente para o futuro – efeito *ex nunc* – cabendo, assim, verificar se, estar-se-ia perante uma nulidade ou anulabilidade da norma.

No direito brasileiro existem duas posturas diametralmente opostas e incomunicáveis entre si, os adeptos da teoria da nulidade e os que defendem a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional¹²⁵.

Os que defendem a aplicação da tese da nulidade afirmam que a declaração de uma norma inconstitucional teria necessariamente efeito *ex tunc*, de forma a retroagir à data de sua introdução no ordenamento jurídico, anulando todas as consequências advindas. É como se tudo o que fora constituído na vigência da norma inconstitucional não possuísse validade, sendo nulos de pleno direito quaisquer atos verificados enquanto vigente a norma.

Tradicionalmente, o direito brasileiro adota o preceito da nulidade da norma inconstitucional¹²⁶. Não obstante a falta de expressa menção na Constituição de dispositivo verificando a eficácia *ex tunc* às decisões prolatadas quanto à constitucionalidade da lei, é prevalecente entre doutrinadores e na jurisprudência o entendimento de que as referidas decisões possuem índole declaratória e retroativa.

A doutrina que defende essa linha se alicerça no princípio da supremacia da Constituição, já comentado no presente trabalho, a partir do qual, havendo confronto entre lei infraconstitucional e a Carta, é esta que deve prevalecer, de forma que a lei inconstitucional é

¹²⁵ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **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 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25.

¹²⁶MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 249.

nula desde sua concepção, pois se for reconhecido qualquer efeito a norma inconstitucional, ainda que por tempo limitado, haveria suspensão provisória ou parcial da Carta.

Os defensores da teoria da anulabilidade da lei inconstitucional, por sua vez, sustentam que é preciso manter os efeitos dos atos gerados pela norma até que seja declarada sua inconstitucionalidade, levando-se em consideração os princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

Não obstante a classificação ora comentada, há doutrinadores que criticam o seu uso, visto que, além de não exprimir, na verdade, diferenciação intrínseca, é o legislador quem confere condição de nulidade ou anulabilidade aos defeitos os quais ele mesmo descreve¹²⁷.

Outra razão que justifica a não aplicação da dicotomia em comento, baseia-se no fato de que, no âmbito do direito constitucional, ao se verificar a discordância entre a lei infraconstitucional e a Carta, o foco não deve ser o estabelecimento de uma diferença de gradação entre os institutos da nulidade e da anulabilidade, visto que a norma, uma vez viciada, sofre, em verdade, de um único nível no campo da invalidade, o da inconstitucionalidade¹²⁸.

Como já comentado no presente trabalho, o ordenamento jurídico pátrio adota o sistema misto de controle de constitucionalidade, em que se é possível realiza-lo de forma abstrata e concreta.

Em controle abstrato, os efeitos da decisão se operam, em regra, de maneira *ex tunc* e *erga omnes*, repristinatório e vinculante. Quanto aos efeitos nesse tipo de controle, o presente trabalho tratará de forma mais detalhada à frente.

No controle difuso se pressupõe que haja um processo, em que se tenha um conflito de interesses entre as partes e, que nessa situação, tenha surgido a discussão acerca da constitucionalidade ou não da lei que deveria guiar a disputa. O magistrado, ao avaliar a questão que lhe foi posta, deverá então fazer a análise de compatibilidade da norma suscitada

¹²⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Op. cit., p. 32-33.

¹²⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 157.

e a Carta, de maneira que, se for declarada a inconstitucionalidade, a sua aplicação deverá ser afastada naquele caso concreto.

Assim, no controle difuso, ao analisar determinado caso, o magistrado reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade da norma aplicável e os seus efeitos operam, conseqüentemente, *inter partes*.

Além do efeito mencionado, com relação à eficácia temporal, ao se aplicar a teoria na nulidade da norma inconstitucional em controle incidental e difuso, o juiz em decidindo a lide, aplicaria à sua decisão efeitos retroativos ou *ex tunc*, sob o argumento de que em consequência ao princípio da supremacia da Carta, uma norma inconstitucional não deveria produzir direitos ou obrigações que pudessem se exigir legitimamente.

Todavia, o assunto vem sofrendo alterações quanto à sua aplicação. A modulação dos efeitos temporais da norma tida como inconstitucional passou a ser admitida, visto que, em determinadas situações, conferir-lhe efeitos retroativos poderia gerar uma desordem jurídica, econômica e social. Destarte, ao se pronunciar a inconstitucionalidade da norma ante um caso concreto, haveria de se fazer uma ponderação proporcional e razoável, podendo o magistrado moderar os efeitos da decisão, imputando a esta efeitos *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*, institutos que serão mais detalhados adiante.

3.2 Eficácia temporal da decisão

Como mencionado, a modulação dos efeitos temporais é instituto que vem sido utilizado pelo magistrado brasileiro. Com o advento da Lei 9.868/99 e também da Lei 9.882/99, tal assunto foi regularizado no âmbito das decisões prolatadas em ações declaratórias de constitucionalidade, ações diretas de inconstitucionalidade e nas arguições de preceito fundamental¹²⁹, não obstante a aplicação análoga em sede de controle difuso.

A seguir serão feitos comentários acerca dos efeitos temporais que podem ser empregados nas referidas decisões, quais sejam, *ex tunc* – conforme comentado, tem-se como regra – *ex nunc* e *pro futuro*.

¹²⁹ FERREIRA, Olavo Alves. op. cit. p. 70.

3.2.1 *Ex tunc*

Influenciado pelo controle difuso de constitucionalidade americano, o sistema brasileiro adotou a tese de que a nulidade jamais gera efeitos ou convalesce. Foi por meio de sua jurisprudência que o STF levou a nulidade ao status de dogma, pacificando o posicionamento de que seria necessário retroagir os efeitos das decisões proferidas¹³⁰.

Os adeptos à aplicação da teoria da nulidade em sede de controle abstrato de constitucionalidade, como Clèmerson Clève¹³¹, Olavo Alves Ferreira¹³² e Alexandre de Moraes, alegam que a decisão que declara a inconstitucionalidade tão-somente reconhece que o ato viciado existe, razão pela qual a produção de efeitos se daria de maneira *ex tunc*, devendo retroagir até a constituição da norma oposta.

Ademais, tal corrente aduz que ao se adotar a sanção de nulidade à norma inconstitucional, o princípio da supremacia da Constituição, aqui já abordado, estaria sendo consagrado, ao passo que tal norma não seria apta a gerar efeitos jurídicos válidos¹³³. Em conclusão, o efeito *ex tunc*, para essa doutrina, seria o único caminho aceitável validamente pelo sistema jurídico pátrio, tendo em vista ao se admitir qualquer exceção estar-se-ia diante de uma afronta à Carta Magna¹³⁴.

Em sentido diametralmente oposto, doutrinadores como Gilmar Mendes, que, ressalte-se, mudou seu posicionamento acerca do assunto, Ives Gandra e Ana Paula Oliveira Ávila, em consonância com ensinamentos de Hans Kelsen, ora já comentado, afirmam que é necessário que o dogma da retroação sofram alguns temperamentos ante a peculiaridade verificada em determinados casos, sob pena de:

A falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais¹³⁵.

¹³⁰ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Op. cit., p. 47.

¹³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 244.

¹³² FERREIRA, Olavo Alves. Op. cit., p. 71.

¹³³ *Ibidem*, p. 73.

¹³⁴ FERREIRA, Olavo Alves. Op. cit., p. 75.

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 316.

O presente trabalho simpatiza com essa segunda corrente, posto que, como bem conclui Ana Paula Oliveira Ávila, “entre deixar de declarar a inconstitucionalidade ou declará-la com ressalva de efeitos, parece preferível a segunda via¹³⁶”.

3.2.2 *Ex nunc*

O artigo 27, da Lei 9.868/99, e, em sentido semelhante, o artigo 11, da Lei 9.882/99¹³⁷, mediante quórum de dois terços dos membros do Supremo e ponderando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, preveem a possibilidade de se restringir os efeitos em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória ou na arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente, ou, ainda, decidindo-se que a decisão somente possua eficácia a partir do próprio trânsito em julgado ou de ocasião outra que venha a ser fixada.

Nessa toada, o efeito *ex nunc* se dá em sede de aplicação da anulabilidade da norma inconstitucional, anulando o ato a partir da publicação da decisão. Ressalte-se que, o art. 27, da Lei 9.868/99, quanto à possibilidade da aplicação de efeitos *ex nunc*, não trouxe pouca inovação acerca do assunto, visto que já havia precedentes aplicando o instituto, tais como o RE 78.549/SP e o RE 78.209/SP, os quais serão abordados com mais detalhes adiante.

3.2.3 *Pro futuro*

O termo inicial diferido para produção de efeitos em sede de decisão proferida em controle de constitucionalidade, previsto nos artigos supracitados, também chamado de efeito *pro futuro*, teve inspiração no direito constitucional alemão, que chama a decisão de apelo ao legislador de *Appellentscheindung*¹³⁸. Esta, ao ser declarada pelo Tribunal, afirma uma situação ainda constitucional, em que se prevê a possibilidade de uma condição de constitucionalidade perfeita venha a se tornar caso de constitucionalidade total¹³⁹.

¹³⁶ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Op. cit., p. 48.

¹³⁷ “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Lei 9.882/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm> Acesso em 16/04/2012.

¹³⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 50.

¹³⁹ *Ibidem*.

O instituto em comento encontra respaldo na possibilidade de, a depender da peculiaridade de determinados casos, a retirada da norma do ordenamento jurídico poderia ser mais nociva ao sistema do que a sua preservação provisória.

Não obstante a inovação trazida pelo instituto, uma crítica deve ser suscitada, qual seja, aquela que se atenta para a amplitude com que foi admitida a eficácia *pro futuro*, sem que nenhum limite temporal fosse estipulado¹⁴⁰.

Por se tratar de uma ampla discricionariedade dada ao Supremo, visto que o artigo 27, da Lei em referência não traz em seu texto um prazo pré-determinado, caso se admita ser compatível o ato normativo com o Texto Fundamental, haverá de se interpretá-lo consoante o princípio da razoabilidade, impedindo-se, assim, a prolongação da incompatibilidade vertical¹⁴¹.

Alguns precedentes como o RE 147.776-8 e o HC 70.514-6 vieram antes da promulgação da Lei 9.868/99, os quais, ao se utilizar do efeito ora em tela, levavam em consideração princípios e direitos outros além do da supremacia da Constituição, tais como, direito fundamental à tutela jurisdicional¹⁴². Em suma, tem-se que:

Esses precedentes demonstram que o tradicional efeito *ex tunc* do controle de constitucionalidade prestava-se à modificação mesmo antes do advento da Lei 9.868/99, independentemente da adoção do dogma da nulidade da lei inconstitucional pela doutrina majoritária e pela tradição na jurisprudência. O efeito retroativo permaneceu e permanece, no entanto, como a regra, em respeito ao postulado da supremacia da Constituição, viga-mestra dos sistemas constitucionais. No entanto, como o advento da lei, fica oficializada a possibilidade de disposição, pelo Supremo Tribunal Federal, sobre os efeitos produzidos pela norma, apesar de reconhecida e declarada sua inconstitucionalidade¹⁴³.

3.2.4 Efeito repristinatório

Esclarece-se que repristinatório é o efeito que se opera quando uma lei revogadora de outra é considerada inconstitucional, destarte, a lei que teria sido revogada

¹⁴⁰ FERREIRA, Olavo Alves, *apud* SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 78.

¹⁴¹ FERREIRA, Olavo Alves. Op. cit., p. 78.

¹⁴² ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 55.

¹⁴³ *Id.*, *ibid.*, p. 56.

passa a valer novamente, visto que não se pode considerar que uma lei tida como inconstitucional inove no sistema jurídico¹⁴⁴.

Doutrina e jurisprudência afirmam pacificamente a possibilidade de tal efeito, sob o fundamento de que a norma declarada inconstitucional não seria capaz de revogar de maneira válida a norma anterior que discorria sobre a mesma matéria¹⁴⁵.

A Lei 9.868/99 trata do assunto em seu artigo 11, §2º¹⁴⁶, mas quanto à concessão de medida cautelar. Não obstante, a doutrina aceita que tal regra se aplica com relação às decisões de mérito em ações de controle abstrato de constitucionalidade¹⁴⁷.

Clèmerson Clève¹⁴⁸ pondera que o efeito repristinatório nem sempre traz consequências proveitosas, à medida que tal efeito pode provocar problema de legitimidade da norma ressuscitada, visto que esta pode sofrer de inconstitucionalidade mais elevada que a norma declarada inconstitucional.

Em atenção ao efeito em comento e à possível consequência dele advinda, que o autor supracitado se referiu, o Ministro Celso de Melo, em abril de 2001, proferiu voto na Adin 2215/PE no sentido de que, em sede de fiscalização de constitucionalidade abstrata, em não havendo impugnação subsidiária da norma revogada por norma superveniente, não se conhecerá, conseqüentemente, da ação direta. Assim:

Esta Suprema Corte, nos precedentes em questão, e considerando o efeito repristinatório acima referido, firmou orientação no sentido de que, em processo de fiscalização concentrada, a ausência de impugnação, em caráter subsidiário, da norma revogada por ato estatal superveniente, desde que somente este tenha sido contestado em sede de controle abstrato, achando-se, também ela, inquinada do vício de inconstitucionalidade, importa em não-conhecimento da ação direta, se esta, promovida, unicamente, contra o diploma ab-rogatório, não se dirigir contra a espécie normativa que por ele tenha sido afetada no plano de sua vigência. Passo, desse modo, a apreciar a cognoscibilidade da presente ação direta, quer em face das consequências jurídicas que derivam do efeito repristinatório a que precedentemente aludi,

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 96-97.

¹⁴⁵ FERREIRA, Olavo Alves, op. cit., p. 80-81.

¹⁴⁶ §2º: A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Lei 9.868/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em 17/04/2012.

¹⁴⁷ FERREIRA, Olavo Alves. Op. cit., p. 81.

¹⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 250.

quer em virtude da ausência de formulação, nesta sede processual, de pedido sucessivo de declaração de inconstitucionalidade¹⁴⁹.

Nessa toada, do art. 11, da Lei 9.868/99, já mencionado, pode-se concluir que é dada ao Supremo a possibilidade, através de um juízo de ponderação, de limitar ou mesmo afastar os efeitos repristinatórios das decisões em controle de constitucionalidade. Neste caso, o Tribunal não deverá fazer uma avaliação acerca da constitucionalidade da norma revogada, e sim, fazer uma apreciação política, levando em consideração as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social¹⁵⁰.

3.2.5 Restrição dos efeitos da decisão proferida no controle abstrato

Primeiramente, oportuno comentar que países como Portugal, Alemanha – que inspirou o ordenamento jurídico pátrio através do seu *Appellentscheidung*, ora já comentado –, Espanha, Canadá e Áustria adotam a possibilidade de se aplicar a modulação dos efeitos.

Não obstante adotar-se a teoria da nulidade como regra no ordenamento jurídico brasileiro, não sobram dúvidas de que seu emprego indiscriminado possa ocasionar “situações de lesão a direitos individuais, de insegurança jurídica e de contrariedade aos ditames da justiça¹⁵¹”.

Destarte, resta evidente que o dogma da nulidade deva passar por “certa dose de temperamento, sob pena de sustentar a injustiça e a violação do princípio da proteção e da segurança¹⁵²”.

Levando isso em consideração, o Supremo já vinha ponderando, em situações excepcionais, os efeitos temporais, ao aplicar, conforme fosse, efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, aqui já mencionados. O art. 27, da Lei 9.868/99 – e também o art. 11, da Lei 9.882/99 – veio, portanto, para enrijecer o sistema de atribuição dos efeitos, visto que impôs

¹⁴⁹ Adin 2215/PE, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 de abril de 2001. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14821398/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2215-pe-stf>> Acesso em 17/04/2012.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel, *apud* FERREIRA, Olavo Alves, op. cit., p. 83.

¹⁵¹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Op. cit., p. 57.

¹⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., 251.

condições à possibilidade de aplicação dos efeitos ao preenchimento de exigências que o próprio dispositivo determina¹⁵³.

Nesse contexto, Olavo Alves Ferreira ressalta que:

As novas leis concederam permissão para que o Supremo Tribunal Federal manipule os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, “seja em relação a sua amplitude, seja em relação a seus efeitos temporais, desde que, presentes dois requisitos”: formal e material. Aquele diz respeito ao quórum de dois terços para a decisão que manipulará os efeitos. Este constitui a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Quanto ao referido requisito formal, insta ressaltar que, não obstante críticas advindas por parte de doutrinadores¹⁵⁴, tal como Luciana de Assunção Macieira, que consideram a exigência do quórum de dois terços uma afronta ao art. 97¹⁵⁵, da CF, trata-se, na verdade, como bem explicitado por Ana Paula Oliveira Ávila¹⁵⁶, de um requisito que reforça formalmente a decisão que deixa de aplicar a regra da teoria da nulidade.

Já com relação aos requisitos materiais, razão de segurança jurídica e excepcional interesse social, tem-se a presença do maior empecilho à aceitação pacífica da aplicação do art. 27, da Lei 9.868/99, pautado no argumento de que “a referência a esses conceitos indeterminados torna indeterminado o próprio alcance daquele dispositivo¹⁵⁷. Existe, o seguinte receio:

(...) deixando o Supremo grande margem de interpretação quanto à definição daquilo que, no caso concreto, atenda às razões de segurança jurídica ou a excepcional interesse social, teme-se que o art. 27 venha a permitir o abuso e o autoritarismo, terminando por amesquinhar a segurança do indivíduo e do ordenamento jurídico¹⁵⁸.

O referido problema encontra respaldo por parte da doutrina, que considera o artigo mencionado inconstitucional, sob o argumento de que há um rompimento com a

¹⁵³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 57.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 58.

¹⁵⁵ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 17/04/2012.

¹⁵⁶ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 59.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 61.

¹⁵⁸ *Idem*.

teoria da nulidade da norma inconstitucional e conseqüentemente com a própria teoria da supremacia da Constituição¹⁵⁹.

Em discordância com tal posicionamento, o presente trabalho irá tratar da conceituação das expressões “razões de segurança jurídica” e “excepcional interesse social” de forma mais detalhada adiante.

3.2.6 Precedentes do STF anteriores à Lei 9.868/99

Conforme já comentado no presente trabalho, tradicionalmente, adota-se no sistema jurídico pátrio a teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional, segundo a qual os efeitos operam-se *ex tunc*.

No entanto, mesmo antes do advento da Lei em referência, o Tribunal vinha se atentando para a necessidade de aplicação da teoria da nulidade não se dar de forma engessada, em que não se comportasse ponderações, conforme casos específicos.

Nessa baila, em um julgado de 31 de maio de 1977, o Ministro Leitão de Abreu, no Recurso Extraordinário de número 79.343/BA, fez afirmações pertinentes quanto ao ponto, no que concerne à aplicação cega do dogma da nulidade, *in verbis*:

Por outro lado, tem sido sustentado que essa regra geral não é universalmente verdadeira; que existem muitas exceções ou que certas exceções tem sido reconhecidas a esse respeito; que essa teoria é temperada por diversas outras considerações; que uma visão realista vem corroendo essa doutrina; que asserções tão amplas devem ser recebidas com reservas e que, mesmo uma lei inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo¹⁶⁰.

¹⁵⁹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 61.

¹⁶⁰ RE n. 79.343/BA, 31 de maio de 1977. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RE_79343_BA%20_31.05.1977.pdf> Acesso em 18/04/2012.

Mesmo que o referido precedente tenha optado por aplicar a teoria da nulidade, abriu-se a discussão acerca do assunto, trazendo à tona corrente contrária, pautada por ensinamentos de Hans Kelsen – em sede de controle abstrato austríaco – ora aqui mencionado.

Outros julgados de importância se deram após esse, como no RE n. 78.209/SP, em que se aplicou o entendimento, não obstante a declaração de inconstitucionalidade de norma, de que se deve resguardar os atos realizados por servidores que exerciam cargos criados mediante lei posteriormente deflagrada inconstitucional, não se operando, como regra, efeito *ex tunc*. Segue a ementa:

OFICIAIS DE JUSTIÇA - EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES POR AGENTES DO EXECUTIVO.

I - MESMO DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI QUE COLOCOU AGENTES DO EXECUTIVO A DISPOSIÇÃO DOS JUIZES, PARA EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE OFICIAIS DE JUSTIÇA, ESSES SERVENTUARIOS NÃO SÃO USURPADORES, MAS FUNCIONÁRIOS DO ESTADO COM DEFEITO DE COMPETÊNCIA.

II - SE O DIREITO RECONHECE A VALIDADE DOS ATOS ATÉ DE FUNCIONÁRIOS DE FATO, ESTRANHOS AOS QUADROS DO PESSOAL PÚBLICO, COM MAIOR RAZÃO HÁ DE RECONHECE-LA SE PRATICADOS POR AGENTES DO ESTADO NO EXERCÍCIO DAQUELAS ATRIBUIÇÕES POR FORÇA DE LEI, QUE VEIO A SER DECLARADA INCONSTITUCIONAL.

III - E VALIDA A PENHORA FEITA POR AGENTES DO EXECUTIVO, SOB AS ORDENS DOS JUIZES, NOS TERMOS DA LEI ESTADUAL DE SÃO PAULO, S/N, DE 3.12.1971, MORMENTE SE NENHUM PREJUÍZO DISSO ADVEIO PARA O EXECUTADO¹⁶¹.

Como se vê, a ponderação acerca da aplicação dos diferentes tipos de efeitos em sede de declaração de norma inconstitucional, não obstante a teoria da nulidade consagrada no ordenamento jurídico pátrio, vinha sendo feita pelo Pretório Excelso, de maneira que a Lei 9.868/99 surgiu com o intuito de também reforçar tais decisões nos aspectos formal e material.

¹⁶¹ RE n. 78209/SP, 4 de junho de 1974. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RE_78209_SP%20_04.06.1974.pdf> Acesso em 18/04/2012.

3.2.7 Análise da aplicabilidade do art. 27, da Lei 9.868/99

A inserção da Lei 9.868/99 no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no que se diz respeito ao seu artigo 27, provocou descontentamento por parte da doutrina, com argumentos pautados no rompimento com o dogma da nulidade da lei inconstitucional e conseqüentemente com o do princípio da supremacia da Constituição, ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas, ainda pendentes de julgamento pelo Supremo¹⁶².

Não obstante tais argumentos, não se pode olvidar para o fato de que o dispositivo em comento se justifica pela aplicação de dois conceitos jurídicos não determinados; o de excepcional interesse social e razão de segurança jurídica¹⁶³.

Olavo Alves Ferreira faz parte da doutrina contrária à constitucionalidade do dispositivo em comento, em sua obra ainda cita outros doutrinadores como Elival da Silva Ramos, Ingo Wolfgang Sarlet e Silvio Nazareno Costa, os quais argumentam que por mais que a Constituição não tenha abordado expressamente acerca da aplicação da teoria da nulidade ao ato inconstitucional, é predominante a posição que consagra o instituto, que, por sua vez, afirma a supremacia da Carta¹⁶⁴.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também se filia a essa corrente, com argumento de que tal poder conferido ao STF pelo dispositivo em tela haveria de conceder ao Tribunal um status de uma terceira Câmara Legislativa¹⁶⁵, visto que se poderia determinar os efeitos das próprias decisões no controle de constitucionalidade a partir de questões eminentemente políticas, parte contrária da doutrina, como Ana Paula Oliveira Ávila, sustenta que:

Há que se recorrer à argumentação jurídica e a seus limites institucionais para demonstrar que a determinação dos efeitos do controle abstrato deve assentar-se em considerações de ordem jurídica, necessariamente constitucional – e, não, política –, que obedeçam a uma hierarquia de valores dentro da Constituição e que levem na máxima conta, a partir de razões jurídica e constitucionalmente plausíveis, as situações consolidadas no tempo, os direitos fundamentais, as expectativas e interesses de indivíduos

¹⁶² Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.154-2 e n. 2.258-0. Relator: Min. Sepúlveda Pertence.

¹⁶³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 62.

¹⁶⁴ FERREIRA, Olavo Alvez, op. cit., p. 89.

¹⁶⁵ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves op. cit., p. 63.

afetados pelas normas controladas, bem como o próprio interesse público na preservação da segurança jurídica dos cidadãos¹⁶⁶.

Bem, no que tange ao suposto rompimento com o dogma da nulidade, há que se fazer uma consideração. Como já comentado no presente trabalho, havendo uma invalidade, os efeitos devem ser ponderados, ressaltando-se, ainda, a vontade do legislador, pois há de se considerar que a matéria que trata dos efeitos da nulidade e da anulabilidade deriva da lei.

Outro ponto é quanto à ausência de características intrínsecas às essas duas formas de validade, razão pela qual não se deve obrigar o legislador a seguir um regime específico e rigoroso com relação à atribuição de efeitos para cada um, de maneira que se deve buscar solução mais apropriada ao caso observado.

Com relação à suposta contrariedade ao princípio da supremacia da Constituição, necessário fazer breves comentários. Consoante Dworkin¹⁶⁷, os princípios aplicáveis a determinado caso concreto não ordenam necessariamente qual decisão deva ser tomada, e sim dão base a razões a favor de uma ou outra, de maneira que os princípios representam, na verdade, uma proporção de peso variável. É dizer que tal dimensão de peso proporciona aos princípios capacidade para que sejam cumpridos em diferentes níveis, de forma que, quando um entrar em conflito com o outro, um dos dois pode prevalecer.

Nessa toada, tem-se que não é a supremacia da Constituição que sofrerá ponderações quando a aplicação do disposto no art. 27, da Lei 9.868/99, visto que “a supremacia da Constituição não se sujeita à ponderação e nem é aplicável em graus¹⁶⁸”. É dizer que, ao se interpretar adequadamente o dispositivo, será possível enxergar que este na verdade assegura a supremacia da Constituição, só que como um todo, de maneira a promovê-la com intensidade maior.

Pode-se notar que a questão maior gira em torno de se revelar em quais casos a manutenção dos efeitos de norma inconstitucional é igualmente o meio de preservação da supremacia da Constituição¹⁶⁹. Assim, há que se pesar as normas constitucionais que

¹⁶⁶ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 63.

¹⁶⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *apud* DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 65.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 66.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 69.

ocasionaram a declaração de inconstitucionalidade em face das normas constitucionais que justificam o resguardo dos efeitos do dispositivo inconstitucional, ocasião que a Constituição como uma unidade ganha maior relevância.

Em tais situações, o norte que deve guiar a determinação dos efeitos em sede de decisões em controle de constitucionalidade deve levar em conta a interpretação dos conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social, os quais, por seu turno, devem buscar materializar a proteção dos direitos fundamentais. Destarte, conclui-se que a conservação dos efeitos de uma norma pronunciada inconstitucional só estará autorizada em momento que tais efeitos se derem em benefício do indivíduo¹⁷⁰.

¹⁷⁰ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 70.

3.3 A constitucionalidade do dispositivo

3.3.1 Estudo de caso: Resp 197.917/SP

Mesmo que o presente trabalho esteja ligado à discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo do art. 27, da Lei 9.868/99, o qual, por seu turno, trata da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado – ação direta de inconstitucionalidade –, achou-se oportuno fazer uma breve análise do precedente no Recurso Especial 197.917/SP¹⁷¹, que trata de controle difuso, como pode se observar.

Num primeiro momento, o intuito é demonstrar que o modelo difuso não possui quaisquer incompatibilidades com a limitação dos efeitos verificada no artigo em comento, para depois se passar à análise central da questão, que é, tanto em controle concentrado como no difuso, a possibilidade de se modular os efeitos de uma norma inconstitucional, por motivos de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

O tema em referência não é novidade, sua origem se deu na Áustria (1920-1929), em que, em casos concretos, os reflexos gerados por decisões da Corte Constitucional provocaram o incidente de inconstitucionalidade, optando-se por conferir excepcionalmente efeitos retroativos à repercussão da decisão de inconstitucionalidade em caso concreto¹⁷².

Nessa toada, pode-se afirmar que:

(...) a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que nesses casos, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada¹⁷³.

¹⁷¹ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>> Acesso em 24/04/2012.

¹⁷² MARTINS, Ives Gandra da Silva ; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do, **Tratado de Direito Constitucional**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 376.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 377.

Feitas essas considerações, passa-se ao breve exame da decisão pelo Supremo proferida no Recurso Especial 197.917/SP, primeiro caso que o Tribunal vislumbrou a presença de razões de segurança jurídica e relevante interesse social.

O artigo 29, IV, “a”, da CF¹⁷⁴ determina que os o número de Vereadores representantes de Municípios de até quinze mil habitantes será de no máximo nove na composição de Câmaras Municipais. Não obstante a limitação imposta pela referida artigo, por meio de Lei Orgânica local – art. 6º, parágrafo único – do Município de Mira Estrela/SP, foi fixado o número de onze representantes, desrespeitando-se, assim, a relação de proporcionalidade reclamada pela Constituição.

Determinou-se no caso em tela que o número de Vereadores havia de ser reduzido ao mínimo constitucional de nove, devendo-se, para tanto, aprovar uma nova lei orgânica, visto que a competência é da Câmara local, consoante a própria Constituição.

Conforme ditames da regra da nulidade, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade deveriam retroagir até a edição da lei municipal, de forma que todos os atos realizados durante todo o lapso temporal pelos vereadores que preencheram as vagas tidas como excedentes seriam inválidos também, situação esta que representaria um grave risco à segurança jurídica.

Atento às repercussões negativas que os efeitos *ex tunc* poderiam gerar, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que não restavam dúvidas de que, por meio de um juízo de proporcionalidade rigoroso, era recomendável que se preservasse a composição atual até que a legislatura dos Vereadores se findasse, de modo que os efeitos da decisão se deram somente a partir da próxima. Transcreve-se parte de seu voto:

No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação de número de vereadores, fixação de número de candidatos,

¹⁷⁴ “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de: a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 24/04/2012.

definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados.

(...) Não há dúvida, portanto, de que no presente caso e diante das considerações antes espostas, acompanho o voto do Relator, para conhecer do recurso extraordinário e lhe dar parcial provimento, no sentido de se declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da lei orgânica 222, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela-SP. Faço-o, todavia, explicitando que a declaração de inconstitucionalidade da lei não afetará a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*)¹⁷⁵.

Como se pode observar, o Ministro corretamente relatou estarem presentes fundadas razões de coerência sistemática e segurança jurídica. Em consonância, a ementa do acórdão foi redigida com vistas a esclarecer que no presente caso a aplicação de efeitos retroativos ameaçaria todo o sistema legislativo vigente, motivo pelo qual optou-se pela prevalência do interesse público, determinando-se efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.

3.4 Aplicabilidade dos conceitos de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social do art. 27, da Lei 9.868/99

3.4.1 Razões de segurança jurídica

Doutrina e jurisprudência firmaram o entendimento de que, visto a necessidade que o homem possui para dirigir autônoma e responsavelmente a própria vida, o princípio da segurança jurídica representa um dos pilares do Estado de Direito¹⁷⁶.

Esclarece-se que o princípio da segurança jurídica, conforme boa parte da doutrina, está intimamente ligado ao conceito de proteção da confiança. Pondera-se, geralmente, que a segurança jurídica está ligada a elementos objetivos da ordem jurídica, como segurança de orientação, garantia da estabilidade e realização do direito, e a proteção da confiança, por seu turno, prende-se a elementos subjetivos da segurança, como a

¹⁷⁵ RE n. 197.917/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Voto-vista do Min. Gilmar Mendes, 6 de junho de 2002, p. 438 e 441-2.

¹⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7 ed., 8 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 257.

calculabilidade e previsibilidade das pessoas referentes aos efeitos jurídicos dos atos do poder público¹⁷⁷.

Tem-se, dessa forma, que o princípio ora comentado exige confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência no que se diz respeito os atos do poder, ao passo que perante a eles o cidadão possa ver a garantia da segurança em seu âmbito pessoal e nos efeitos jurídicos provenientes dos seus próprios atos¹⁷⁸.

Acrescenta-se, quanto às características e consequências do princípio em tela, que:

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.

As refacções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos¹⁷⁹.

É suma, é dizer que, levando em consideração que os comandos normativos presumem-se válidos e vigentes, a segurança jurídica ordena que haja estabilidade nas situações advindas da concretização das normas, tanto em sua execução pela Administração Pública, quanto na seara das decisões judiciais, as quais configuram a fixação do direito concretamente, o que, conseqüentemente, leva à consideração de que o instituto da coisa julgada é expressão do princípio da segurança jurídica¹⁸⁰.

Ainda sobre o assunto, válido dizer que a proteção da confiança é circunstância essencial quando se vislumbra a possibilidade de manutenção dos efeitos de atos inválidos, atentando-se para as razões de segurança jurídica, consoante art. 27, da Lei

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 257.

¹⁷⁸ *Idem.*

¹⁷⁹ *Idem.*

¹⁸⁰ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 148-49.

9.868/99. É que por diversas vezes, o ato, mesmo que inconstitucional, concebe presunção de que será cumprido seu comando e que, conseqüentemente, seus efeitos se darão regularmente, o que é intensificado ainda mais pelo princípio da presunção da constitucionalidade das normas¹⁸¹.

A proteção da confiança ganha destaque pela previsão constante no dispositivo do art. 27 da lei referida, sendo possível que prevaleça quando conflitante com outra norma constitucional, o que se justifica pelo fato deste princípio abarcar várias outras normas constitucionais, que de fundamento lhe servem¹⁸².

Tradicionalmente se considera a boa-fé¹⁸³ como fundamento advindo do princípio de proteção da confiança. Uma circunstância importante da boa-fé objetiva refere-se à vedação do *venire contra factum proprium* – proibição de conduta contraditória –, que, aparentemente, se assemelha ao princípio da confiança. Além da aludida proibição, outra característica da boa-fé é ressaltada quando da aplicação do artigo 27, da Lei 9.868/99, a de que este dispositivo não pode ser aplicado em benefício do Estado, mas tão-somente em benefício do indivíduo ou da sociedade¹⁸⁴. Dessa forma, tem-se que:

Este importante aspecto do princípio da boa-fé reside, muito mais que numa proposição juridicamente fundada na segurança jurídica, na própria virtude e na ética das comunidades juridicamente organizadas, e há que ser considerado, portanto, na interpretação do art. 27 da Lei nº 9.868/99¹⁸⁵.

No que se diz respeito o posicionamento da jurisprudência com relação à proteção da confiança, duas regras podem ser reconhecidas; que, se não existir prejuízo em sentido amplo, o ato inválido não pode ser anulado ou revogado levando em conta somente sua irregularidade formal. A outra é que da mesma forma o ato não será revogado ou invalidado se a partir dele originaram-se situações já estabilizadas e consolidadas no tempo¹⁸⁶.

¹⁸¹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 151.

¹⁸² *Ibidem*, p. 153.

¹⁸³ Aqui com o sentido de boa-fé objetiva, que se apresenta como uma “exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal.” REALE, Miguel. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>> Acesso em 24/04/2012.

¹⁸⁴ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 154.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 155.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 159.

Decisões da Corte foram proferidas no sentido de ponderar as razões opostas e consoantes à manutenção do ato administrativo inválido, de forma que em várias ocasiões se encontrou um denominador comum; de que deve se utilizar a segurança jurídica em prol do cidadão. Assim, as razões de segurança jurídica, termo constante no art. 27, da Lei 9.868/99, só podem ser invocadas com vistas a afirmar os direitos fundamentais do homem, e, nunca, em consequência da declaração de norma inconstitucional, para perpetuar a lesão desses mesmos direitos¹⁸⁷.

3.4.2 *Excepcional Interesse Social*

O artigo 27, da Lei 9.868/99 prevê a possibilidade de se modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando da existência de excepcional interesse social. Aqui, cabe a ressalva que tanto doutrina quanto jurisprudência brasileiras pouco abordam o tema na esfera de controle de constitucionalidade. A CF só trata do assunto em seu art. 184¹⁸⁸, com o objetivo de justificar a desapropriação de terras particulares, para fins de reforma agrária.

Assim como ocorre quando da aplicação da expressão razões de segurança jurídica, no que tange ao excepcional interesse social, deve-se ter em mente que o referido interesse não é da Administração ou do Estado, e sim da sociedade, havendo que prevalecer seu interesse quando em contraposição aos interesses do próprio Estado¹⁸⁹.

A modulação de efeitos nesse caso, da mesma maneira como ocorre no critério utilizado para aplicar razões de segurança jurídica, só estará permitida ao passo que contemplar a aplicação de outras normas constitucionais, que, depois de feita ponderação, prevaleceria em face da norma que foi violada por meio da lei declarada inconstitucional¹⁹⁰.

Por mais que o instituto possua tamanha fluidez e ambiguidade, contrapondo-se, assim, com a previsibilidade necessária à manutenção da ordem jurídica

¹⁸⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 163.

¹⁸⁸ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 25/04/2012.

¹⁸⁹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 164 -166.

¹⁹⁰ *Idem*.

como um todo, há que se ressaltar que a desconsideração do princípio da nulidade não se baseia em considerações de cunho político-judiciário, e sim em fundamento constitucional próprio¹⁹¹.

De toda a sorte, em qualquer caso a alternativa a opção por proteger os efeitos de norma inconstitucional deve ser apresentada como a melhor saída encontrada para resguardar a normatividade da Constituição como um sistema, de forma a assegurar a integridade da ordem jurídica. Por esse motivo, quando houver escolha por se pautar pelo excepcional interesse social, é necessário que se faça um exame pormenorizado da conveniência e oportunidade, levando-se em consideração o interesse da sociedade, bem como respeitando-se as regras ora aplicadas nas razões de segurança jurídica¹⁹².

¹⁹¹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, *apud* MENDES, Gilmar, op. cit., p. 166-67.

¹⁹² *Idem*.

CONCLUSÃO

Primeiramente, quanto à diferenciação da teoria da nulidade e da anulabilidade dos atos normativos, a conclusão a que se chegou é que, por haver certa carência de requisitos intrínsecos a esses defeitos, não há como diferenciá-los de maneira clara e segura.

Ademais, por diversas vezes, a fixação do regime dos defeitos que invalidam o ato é faculdade dada ao legislador, detentor de certa liberdade, limitada tão-somente pelas normas constitucionais.

Tendo como referência o modelo americano e o austríaco, verificou-se que, apesar da autoridade que cada modelo possui, muitas vezes, não se encontraram soluções satisfatórias para todos os problemas que determinado caso apresenta.

Destarte, com relação ao aspecto temporal atribuído nos regimes de efeitos, há de se considerar uma interdisciplinaridade dos dois institutos, razão pela qual se deve desistir de aplicar uma regra geral para se adotar uma regra de preferência, em que se admitem exceções.

Assim, a teoria da nulidade ainda vigora como regra geral, de maneira que a sua não incidência dependerá de um rigoroso juízo de ponderação que leve em conta uma análise do princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, fará prevalecer a segurança jurídica ou outro princípio importante, muitas vezes manifestado sob a forma de interesse social relevante.

Ainda em defesa da constitucionalidade do art. 27, da Lei 9.868/99, ressalta-se que, uma vez que a Constituição não dispôs expressamente acerca da necessidade de se atribuir efeitos retroativos às decisões que declarem a incompatibilidade de certos atos, pode-se auferir que o artigo em comento é abstratamente compatível com a Carta, havendo que se permitir, a depender do caso, a modulação de efeitos com vistas a promover o sistema constitucional como um todo.

Tal motivo reforça a defesa da constitucionalidade do dispositivo, servindo ainda como fundamento para que se renuncie a divisão entre efeitos *ex tunc* e *ex nunc*, em favor de uma reflexão que considere as normas constitucionais lesionadas pela norma inconstitucional e os efeitos por ela gerados.

O maior nível de liberdade nas decisões acerca da constitucionalidade da norma traz benefício como a desvinculação do Supremo Tribunal Federal de eventuais prejuízos advindos da observância engessada da teoria da nulidade. Dito isso, a modulação dos efeitos abriria caminho para que a Corte exercesse plenamente seu papel de guardião da Constituição.

No que tange aos conceitos previstos no dispositivo em tela, por serem conceitos abertos, é preciso que o intérprete se atente para a proteção dos direitos fundamentais, de forma que jamais seja utilizado como meio a assegurar a perpetuação de efeitos lesivos a tais direitos.

Como aspecto essencial que é, a proteção da confiança deve ser levada em consideração quando houver discussão acerca da manutenção ou não de efeitos de atos inválidos, tendo em vista, conforme o artigo 27, da referida lei, razões de segurança jurídica.

É que, em várias ocasiões, a norma mesmo que inconstitucional gera a presunção de cumprimento de seu comando e de que os efeitos advindos serão produzidos. Por essa razão, a aplicação do princípio de segurança jurídica deve se dar em benefício do cidadão, e não do Estado.

Já com relação à interpretação do termo “excepcional interesse social”, para que sua aplicação seja considerada válida, assim como é no uso do princípio das razões de segurança jurídica, deverá prevalecer o interesse da sociedade quando em contraposição aos interesses do Estado.

Igualmente, a modulação dos efeitos somente será permitida se contemplar a aplicação de normas constitucionais outras, que, depois de feita reflexão, prevaleceriam àquela norma que fora violada pela lei inconstitucional.

A liberdade de atuação do Supremo quanto à modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, deve ser entendida como a imposição de se argumentar de modo coerente sobre as opções realizadas. É preciso que se evite que a possibilidade de determinação transforme-se em manipulação dos efeitos em benefício de interesses aleatórios.

A jurisprudência, por seu turno, possuindo boas condições de proporcionar a preservação do princípio da supremacia da Constituição, bem como a garantia à segurança jurídica, deverá ter caráter impositivo dos próprios direitos e princípios consagrados pela Carta.

É dizer, por derradeiro, que a intenção do legislador, que deve ser levada a cabo pelos intérpretes e aplicadores, ao editar o dispositivo em tela, foi de materializar, por meio do controle de constitucionalidade, as premissas inerentes ao Estado Democrático de Direito, autorizando que este se atente para os interesses dos seus pilares; o povo e a Constituição.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **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 9.868/99.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2 ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Roteiro de Lógica Jurídica.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

Constituição Federal de 1988. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 20/11/2011.

Constituição Política do Império do Brasil. Constituição de 1824. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 21/10/2011.

FERRARI, Maria Regina Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.** 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus efeitos.** São Paulo: Editora Método, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito.** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Lei 9.868/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 03/04/2012.

Lei 9.882/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm> Acesso em 06/04/2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do, **Tratado de Direito Constitucional**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>> Acesso em 24/04/2012.