

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE NO
DIREITO BRASILEIRO

VITOR MAURÍCIO BRAZ DI MASI

RIO DE JANEIRO

2008

VITOR MAURÍCIO BRAZ DI MASI

EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE NO
DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadores: Professores Doutores LEONARDO GRECO e JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM

RIO DE JANEIRO

2008

D582 Di Masi, Vitor Maurício Braz.

Eficácia da declaração de (in)constitucionalidade no direito brasileiro. / Vitor Maurício Braz Di Masi. – Rio de Janeiro, 2008.

91 f. ; 30cm

Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito, 2008.

Orientadores: José Eduardo Carreira Alvim e Leonardo Greco

Bibliografia: f. 86-91.

1. Direito constitucional. 2. Jurisdição. 3. Sentença civil. I. Título

CDD 341.202

VITOR MAURÍCIO BRAZ DI MASI

EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO
BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Leonardo Greco

Professor Titular da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro Co-orientador

José Eduardo Carreira Alvim

Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro Orientador

3º Examinador

À minha saudosa mãe,
que está cuidando de mim junto com Ele.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de registrar minha profunda gratidão àqueles cujo apoio e amizade foram fundamentais em minha graduação e na elaboração deste estudo.

Acima de tudo, a Deus, que me está comigo antes mesmo do meu nascimento, por iluminar meus caminhos.

Ao Educandário São José das Servas de Maria, local onde aprendi a prestigiar os verdadeiros valores da vida, ao longo de oito anos.

A todos os meus familiares que me ajudaram, com seus esforços para que eu tivesse uma formação moral e acadêmica. Em especial, meu pai, minha avó, minha tia, meus tios, meus primos e irmãos.

À Nathália, minha amada companheira, pela paciência, ajuda e estímulo.

Ao meu orientador e professor Leonardo Greco, cujos conhecimentos foram transmitidos com absoluta dedicação e maestria ao longo desses anos de estudo na Faculdade Nacional de Direito. Que não se absteve um minuto sequer em sua nobre missão de ensinar.

Aos meus estimados amigos, em especial aos que me acompanham durante esses cinco anos de jornada na Faculdade Nacional de Direito, dentro e fora dela, pela amizade tecida, tornando harmônica e agradável a nossa convivência.

Aos funcionários da biblioteca da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro e da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, cuja disponibilidade e apoio foram de extrema importância na pesquisa pelas fontes bibliográficas utilizadas para a feitura deste trabalho.

A resposta à indagação sobre se o futuro de nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade da Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.

KONRAD HESSE (*in* A força normativa da Constituição)

RESUMO

DI MASI, V.M. *Eficácia da declaração de (in)constitucionalidade no direito brasileiro*. 2008. 91 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente estudo visa analisar a eficácia das declarações de (in)constitucionalidade, principalmente quando prolatada por órgãos jurisdicionais, em especial o Supremo Tribunal Federal. O trabalho aborda a jurisdição constitucional no âmbito de sua finalidade precípua de garantir a aplicação da *Lex Mater* da República, razão da própria existência do controle de constitucionalidade. Na primeira parte desta monografia, há uma breve exposição sobre a evolução e a história do controle de constitucionalidade brasileiro. O estudo abrange os cinco tipos de jurisdição concentrada de constitucionalidade no Direito brasileiro, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inc. I, *a*); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, inc. I, *a*); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º) e ação direta interventiva (art. 36, inc. III). Além das ações supracitadas, analisa-se também a aferição incidental de constitucionalidade promovida por todos os órgãos jurisdicionais nos demais processos, em que há partes diretamente envolvidas. O objetivo do estudo em todos os casos é analisar a eficácia e os efeitos da decisão proferida em cada mecanismo supracitado de afastamento da norma inconstitucional de forma a prestigiar a Lei Maior frente aos demais atos, normativos ou não, com ela incompatíveis. Sugere-se, por fim, que seria salutar a criação de um órgão vinculado ao poder legislativo com competência para aferir a constitucionalidade de um ato normativo antes mesmo da vigência dele.

Palavras-Chave: Processo constitucional, jurisdição constitucional, eficácia da declaração de (in)constitucionalidade.

ABSTRACT

DI MASI, V.M. *The effectiveness of the declaration of (un)constitutionality under Brazilian Law*. 2008. 91 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present study analyzes the effectiveness of the declarations of (un)constitutionality, especially when rendered by jurisdictional bodies, in particular the Federal Supreme Court. The paper examines constitutional jurisdiction inside the scope of its preeminent goal, which is to ensure the enforcement of Brazilian Republic's *Lex Mater*, reason of the very existence of the constitutionality control. At the first section of this work there is a brief explanation regarding the evolution and the history of Brazil's constitutionality control. The present work comprises all five different procedures of exclusive constitutional jurisdiction ("*jurisdição constitucional concentrada*") contemplated in Brazilian Law: the direct action of unconstitutionality ("*ação direta de inconstitucionalidade*") (article 102, (I), "a"); the direct action of unconstitutionality grounded on omission ("*ação direta de inconstitucionalidade por omissão*") (art. 103, § 2º) (article 103, §3rd); the action for declaration of constitutionality ("*ação declaratória de constitucionalidade*") (article 102, (I), "a"); the contestation for violation of fundamental precept ("*argüição de descumprimento de preceito fundamental*") (art. 102, §1st); and, the direct intervention action ("*ação direta interventiva*") (art. 36, (III)). In addition to the abovementioned actions this work also analyzes the incidental assessments of constitutionality ("*aferição incidental de inconstitucionalidade*") rendered by all jurisdictional bodies in regular court actions, in which there are parties directly involved. The main goal of the present study, in all analyzed mechanisms, is to examine the effectiveness and the consequences of a decision that commands to withdraw the unconstitutional rule, rendered in each of the abovementioned actions, therefore protecting the Constitution in derogation of any other act, normative or nor, that may be incompatible to its ruling. Finally, it is also suggested that it would be of great advance to create a body attached to the Legislative Branch with competence to assess the constitutionality of any normative act before its enactment.

Keywords: Constitutional Procedure, constitutional jurisdiction and effectiveness of the declaration of (un)constitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.1 Constituição de 1824.....	14
2.2 Constituição de 1891.....	14
2.3 Constituição de 1934.....	15
2.4 Constituição de 1937.....	16
2.5 Constituição de 1946	17
2.5.1 Emenda Constitucional nº 16, de 1965.....	19
2.6 Constituição de 1967.....	19
2.7 Constituição de 1988.....	20
3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	23
3.1 Natureza jurídica processual.....	23
3.2 Medida liminar na declaração de (in)constitucionalidade e a sua eficácia	26
3.3 Eficácia vinculante e efeitos erga omnes do julgamento definitivo	30
3.4 Eficácia temporal e efeito ex tunc – modulação temporal e discussão sobre a constitucionalidade do Art. 27, da Lei 9.868/99.....	35
3.4.1 Decisão declaratória de inconstitucionalidade e a coisa julgada	41
4 SISTEMA DIFUSO DE CONTROLE DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE.....	45
4.1 Poder inerente aos órgãos do Poder Judiciário.....	46
4.2 Reserva de Plenário – Art. 97 da Constituição.....	47
4.3 Eficácia da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto	49
4.4 Mito da eficácia inter partes.....	51

4.5 Função do Senado Federal no controle de constitucionalidade.....	53
5 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONIDADE.....	57
5.1 Finalidade da ação declaratória de constitucionalidade.....	58
5.2 Eficácia da decisão liminar na ação declaratória de constitucionalidade	59
5.3 Eficácia da decisão final na ação declaratória de constitucionalidade.....	62
6 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	65
6.1 Eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão.....	67
6.2 Separação dos poderes como limitação de atuação do Poder Judiciário	69
7 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF).....	72
7.1 Algumas hipóteses de cabimento.....	74
7.2 Eficácia da decisão final na argüição de descumprimento de preceito fundamental.....	77
8 CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83

1 INTRODUÇÃO

Mais uma vez volta-se ao tema sobre o controle de constitucionalidade no Brasil. Este trabalho não pretende, de forma alguma, e nem poderia, exaurir o assunto. Este estudo visa analisar algumas questões referentes à eficácia da decisão, sobretudo a judicial, ao declarar a (in)constitucionalidade de determinado ato normativo.

Como se sabe, pelo menos assim se convencionou, vivemos, no momento atual, em uma sociedade democrática. A democracia pressupõe *de per se* participação, seja direta ou indireta, da população nos atos normativos do Estado. Assim, segundo os ditames da nossa atual Constituição: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art.1º, parágrafo único).

A Constituição, obra do poder constituinte originário, é o principal documento de um país, vez que nela se encontra, em suma, a orientação política de um determinado povo. É também através dela que se instituem e se regulam os poderes. Portanto, os dizeres dela são os limites de atuação de todos os poderes, quais sejam, o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, no caso brasileiro atual (art.2º).

Uma das principais classificações, apontada pela doutrina¹, para as constituições refere-se a seu nível de estabilidade. Faz-se a divisão em imutáveis, rígidas, flexíveis e semi-rígidas. São imutáveis, como se percebe pelo nome, as constituições que não podem ser alteradas de forma alguma. Rígidas são aquelas em que é possível a modificação, mas por um processo legislativo mais elaborado se comparado às demais leis, o que não ocorre com as Constituições flexíveis, pois neste tipo pode-se alterar a Constituição pelo processo legislativo ordinário. E nas semi-flexíveis, parte pode ser alterada pelo processo simples, comum, e a alteração de outra parte deve ser feita por processo dificultoso. A Constituição brasileira atual pode ser classificada como super-rígida (rígida e imutável), devido ao seu processo legislativo com um quórum especial e à limitação para que se emende a Constituição, de acordo com o objeto que se pretende alterar e o momento político².

¹ MORAES, ALEXANDRE DE. *Direito Constitucional*, 16ª ed. , São Paulo: ed. Atlas, 2004, p 41.

² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 60, §§ 1º e 4º.

Como não poderia deixar de ser, o controle judicial sobre a constitucionalidade feita pelo poder judiciário no Brasil sofreu grandes alterações desde a sua primeira previsão na Constituição de 1891³ até os dias atuais.

O poder constituinte originário, representante do povo, ao mesmo tempo em que atribuiu poderes aos constituintes derivados lhes impôs limites, vez que todos, inclusive e principalmente os poderes, estão estritamente vinculados à Constituição. Desse modo, o Poder Legislativo ao elaborar um ato normativo – mormente uma lei –, que é uma de suas funções precípua, deve ater-se aos termos da Carta Magma. Mas e se esse mesmo poder ultrapassar os limites de sua competência; ou se não cumprir, por omissão, com os seus deveres? Quais os meios que o Estado tem?

Para isso, o Estado criou diversos mecanismos para que consiga sanar esse grave vício de inconstitucionalidade. Há toda uma gama de regras jurídicas, preventiva e repressiva, para que não haja violação ao Texto Constitucional; mas em havendo há de se ter meios para que se faça prevalecer a Constituição.

A função precípua do controle de constitucionalidade é variável e flexível no tempo e no espaço, podendo ser convertida em força que confirma a Lei Maior, de acordo com a fase do desenvolvimento do concreto estado constitucional que a jurisdição contribui a garantir⁴.

O controle de constitucionalidade tem duas grandes classificações. Uma diz respeito ao momento da verificação de compatibilidade de algum ato (ou projeto) com a Lei Maior. Por essa primeira classificação, divide-se o controle de constitucionalidade em repressivo e preventivo; naquele a averiguação de compatibilidade é feita antes da existência do ato normativo. Já o controle repressivo, diferentemente, ocorre quando o ato já existe no mundo jurídico.

Outra grande divisão no controle de constitucionalidade, feita pela doutrina⁵, é quanto ao grau subjetivo das pessoas envolvidas na solução do processo em que se impugna, direta ou incidentalmente, uma lei. De um lado estão, principalmente, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Do outro lado está o controle de constitucionalidade via difusa, em que qualquer órgão jurisdicional tem o poder-

³ A primeira Constituição brasileira, 1824, não previu a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

⁴ HÄBERLE, PETER. *A jurisdição constitucional na fase atual de desenvolvimento do Estado Constitucional*, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, nº 244, ed. Atlas, 2007, p. 214.

⁵ “Há dois grandes sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis: o difuso e o concentrado.” *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 3ª ed., Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003, p. 37.

dever de declarar a inconstitucionalidade em qualquer processo submetido a sua análise, desde que feito por via incidental.

Na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade há o julgamento sobre a compatibilidade de determinada norma⁶ frente à Constituição de maneira direta, abstrata. Isto é, o pronunciamento judicial é *versus* a norma em tese.

Já o controle feito de maneira incidental, difuso, a questão sobre a constitucionalidade é verificada em um processo subjetivo, com partes com interesses particulares diretos.

Os efeitos e a eficácia da declaração de (in)constitucionalidade nesses tipos de processos, por terem natureza diversa, são, muitas vezes, dessemelhantes. A eficácia temporal e o alcance sobre as pessoas são talvez os pontos de maior desencontro entre os dois sistemas.

Quanto ao controle abstrato de constitucionalidade, isto é, em tese, a Constituição de 1988 previu cinco ações constitucionais federais, perante o Supremo Tribunal Federal, quais sejam:

- a) ação direta de inconstitucionalidade, genérica, (art. 102, inc. I, *a*);
- b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
- c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, inc. I, *a*);
- d) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º);
- e) ação direta interventiva (art. 36, inc. III).

Para a finalidade deste estudo não se examinará a ação direta interventiva (art. 36, inc. III), pois sob a égide da nova Constituição não ocorreu nenhuma dessa hipótese, o que dificulta saber qual seria a eficácia de sua declaração.

No entanto, o presente trabalho não perde seu objetivo com essa decisão, vez que se está respaldado em boa doutrina, capitaneada por LUÍS ROBERTO BARROSO⁷:

Na atual configuração do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, a ação direta interventiva ocupa um papel de relativa desimportância. É que as leis e os atos normativos de âmbito estadual são passíveis de fiscalização pelo Procurador-Geral da República, cuja consequência é retirar do sistema jurídico (ou, pelo menos, paralisar a eficácia com alcance contra todos) as disposições impugnadas. Essa via,

⁶ Na ação direta de constitucionalidade as normas são impugnáveis leis ou atos normativos federais ou estaduais. Já a ação declaratória de constitucionalidade restringe-se às leis e aos atos federais, perante o Supremo Tribunal Federal, de acordo com o art. 102, inc. I, *a*, da Constituição.

⁷ BARROSO, LUÍS ROBERTO. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 3ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2008, págs. 306/307.

portanto, mais ampla e menos traumática, esvazia a opção pela intervenção federal.

Será, em síntese, a análise sobre a eficácia nas ações elencadas acima, em que se declara a (in)constitucionalidade, o principal objeto desta monografia de final de curso de Direito.

2 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Constituição de 1824

A nossa primeira Carta Política, de 1824, não previu nenhuma forma de controle dos atos do Estado perante essa Constituição. Seu anteprojeto ficou conhecido, ironicamente, como a Constituição da Mandioca, devido à proposta de sistema representativo, em que para ser eleitor naquela época era necessário ter determinada quantidade de mandioca para poder votar⁸.

Ademais, como o controle de constitucionalidade tem o intento de limitar o poder, não haveria possibilidade naquela época para isso, devido à existência do Poder Moderador, que se sobrepunha sobre os demais; a ponto de o Imperador Dom Pedro I, nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, dizer que “Quero uma Constituição que seja digna do Brasil e de mim”⁹, o que evidencia a tendência autoritária.

Assim, o Poder Judiciário tinha a sua missão controlada pelo Poder Moderador, e não o inverso. Por tal razão CARLOS MÁRIO VELLOSO¹⁰ diz que

O Supremo Tribunal de Justiça do Império não se firmou como poder político. Certamente que os ilimitados poderes de moderação do Imperador impediam o Supremo Tribunal de Justiça exercesse, com largueza, a função jurisdicional. Ademais, por influência do constitucionalismo francês, o controle de constitucionalidade das leis, na Carta Imperial, era do próprio Poder Legislativo.

2.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891 previa claramente a possibilidade de o Poder Judiciário examinar a validade das leis, tendo como parâmetro a Lei Maior (art. 59, §1º, *a*) Uma das principais razões para esse controle do Poder Judiciário frente aos demais poderes é a extinção do Poder Moderador.

⁸ SILVA, FRANCISCO DE ASSIS. *História do Brasil*. São Paulo: ed. Moderna, 1999, p. 128.

⁹ Loc. Cit.

¹⁰ VELLOSO, CARLOS MÁRIO. *Supremo Tribunal Federal: do Império à República*, Belo Horizonte: Revista Del Rey Jurídica, ano 5, nº 12, 4º semestre de 2003. p. 23

Outro grande motivo foi a mudança de orientação política e jurídica. Na Constituição anterior, de 1824, o Brasil sofreu grande influência européia, ao passo que na Constituição de 1891 houve grande interferência norte-americana.

Sobre essa mudança analisou o mestre CELSO AGRÍCOLA BARBI¹¹ que:

Com o término do Império e o advento da República, cessou o predomínio da influência do constitucionalismo europeu, substituído que foi pelas novas idéias promovidas dos Estados Unidos da América do Norte. Como consequência, os ideólogos do novo direito constitucional brasileiro procuraram, desde logo, introduzir o sistema de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, na forma adotada por aquela nação, isto é, o controle por via de “exceção”, destacando-se nesse trabalho Rui Barbosa, que contribuiu decisivamente para a implantação do instituto.

Assim, o Brasil naquela época incorporou diversos institutos políticos e jurídicos da nação norte-americana, como a própria adoção da República (art.1º), o presidencialismo, o legislativo bicameral (art.16, §1º) com um Senado composto por representantes dos Estados (art. 30), a Federação, a *judicial review* e o modelo de organização judicial com a Suprema Corte e a justiça federal (art. 55 ao art. 62).

Com a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, houve uma sistematização do controle de constitucionalidade, ao prever em seu art. 13, § 10, que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou a Constituição”.

Embora tenha sido um enorme avanço quanto ao controle de constitucionalidade a Constituição de 1891 só previu a aferição de compatibilidade via incidental e não via ação direta de inconstitucionalidade; em consequência da influencia norte-americana.

2.3 Constituição de 1934

Embora tenha mantido em boa parte o sistema de controle de constitucionalidade do sistema anterior, de 1891, como o controle difuso, incidental e sucessivo, a nova Carta Política apresentou diversos institutos e mecanismos para manter a Constituição no ápice normativo.

¹¹ BARBI, CELSO AGRÍCOLA. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*, São Paulo: Revista de Direito Público, nº 04, 1968, p. 37.

A Constituição de 1934, visando assegurar a segurança jurídica, determinou que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”, conforme o seu art. 179. Norma que parece ter inspirado o constituinte de 1988 ao elaborar o art. 97 com texto muitíssimo assemelhado¹².

A primeira vista pode parecer contraditório, porém a Constituição de 1934 determinou, em seu art. 68, que “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Ora, é claro que o Judiciário não deve legislar, em obediência ao Princípio da Separação dos Poderes, nem no mérito de uma decisão administrativa, mas daí a dizer que não deve conhecer de questões exclusivamente políticas parece ser um exagero. Isso porque poderia se dizer a elaboração de leis e seu conteúdo é exclusivamente político; e, com isso, tolheria o Poder Judiciário de apreciar atos normativos frente à Constituição.

Outra importante inovação trazida pela Constituição de 1934, art. 91, nº IV, foi a possibilidade de o Senado Federal de “Suspender a execução, no todo ou em parte de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.” Em complemento a esse mecanismo determinava, art. 96, ainda que “Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.”

Os estados-membros deveriam observar os princípios constitucionais sensíveis (art. 7, inc. I), no exercício de sua capacidade política, qual seja, a auto-organização e competência legislativa. Caso tais princípios fossem violados, caberia a ação federal decretada por lei e condicionada à solução que o Supremo Tribunal Federal desse à representação interventiva, de acordo com o art. 12, inc. V.

2.4 Constituição de 1937

¹²Art. 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.

A Carta de 1937 não foi bem vista pela doutrina, pelo menos no que tange ao controle de constitucionalidade. A ponto de o eminente GILMAR FERREIRA MENDES¹³ dizer que “A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade.” Nesse mesmo pensar, o mestre CELSO AGRÍCOLA BARBI¹⁴ asseverou que “com o golpe de Estado de 1937 e outorga da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, que vigorou até 1946, operou-se grave retrocesso no instituto do controle.”

Essas opiniões são respeitáveis na medida em que o Texto de 1937 não previu a representação interventiva, nem a suspensão pelo Senado Federal quando a lei tivesse sido declarada inconstitucional pelos tribunais.

E ainda a harmonia entre os poderes ficou arranhada, pois conferiu ao Presidente da República (Chefe do Poder Executivo) submeter novamente a lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário ao exame do Parlamento. Confira-se:

Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

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

Todavia, tal norma teve o apreço do ínclito ALFREDO BUZAID¹⁵, ao dizer que “Êste dispositivo [art.96], a despeito das críticas feitas ao caráter totalitário da Carta Constitucional, tinha a virtude de devolver ao Parlamento a competência para apreciar a conveniência de manter a lei declarada inconstitucional”.

2.5 Constituição de 1946

Com o fim da ditadura varguista e a volta da democracia, a evolução do controle de constitucionalidade retoma seu curso.

¹³ MENDES, GILMAR FERREIRA. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 3ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2007, p. 195.

¹⁴ BARBI, CELSO AGRÍCOLA. *Op.cit.*

¹⁵ BUZAID, ALFREDO. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: ed. Saraiva, 1958, p. 32.

Essa nova ordem constitucional não mais previu dispositivo semelhante àquele esculpido no art. 96 da Carta de 1937. Assim, o Poder Judiciário ficou em igual hierarquia com os demais poderes; cabendo a ele proferir a última palavra sobre compatibilidade com a Constituição.

Mantiveram-se, no entanto, alguns outros institutos, tais como o quórum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade (art.200)¹⁶ e a atribuição do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art.64)¹⁷. Entretanto, note-se que agora o Senado Federal só poderá ter esta atribuição caso a lei seja declarada inconstitucional, em caráter definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal e não mais por qualquer órgão do Poder Judiciário.

Também é com a Lei Maior de 1946 que se modificou acintosamente a representação interventiva, como bem explica o distinto publicista OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO¹⁸, que pela clareza, pede-se licença para se reproduzir:

O texto da Constituição de 1946 sobre esse caso de intervenção é distinto do da de 1934, embora este seja sua fonte inspiradora.

No da de 1934, como se viu, a execução de intervenção, que competia ao Presidente da República, só se efetuaria no caso de decretação da intervenção pelo Poder Legislativo, a quem cabia tomar essa medida, na hipótese de violação dos princípios constitucionais da União, se o Supremo Tribunal Federal, mediante provocação da Procuradoria Geral da República, tomasse conhecimento dessa lei de decretação de intervenção e declarasse a sua constitucionalidade. E essa provocação seria de *moto proprio*, ou por determinação do Presidente da República, ao qual se achava subordinado, e a quem competia executar dita intervenção.

Já na de 1946, o procedimento era diferente. O Procurador-Geral da República submeteria ao exame do Supremo Tribunal Federal o ato argüido de inconstitucional, em virtude de petição de terceiro, com o seu pronunciamento, pró ou contra; e se aquele órgão judicante declarasse a inconstitucionalidade do ato impugnado, o Congresso Nacional decretaria a intervenção federal. Porém, antes de o Executivo efetivá-la, se limitaria o Congresso a suspender a execução do ato considerado inconstitucional, caso essa medida bastasse para estabelecer a normalidade no Estado federado, evitando-se, assim, a concretização da intervenção.

¹⁶ Art 200. Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

¹⁷ Art 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA. *A teoria das Constituições Rígidas*, 2ª ed., São Paulo: ed. José Buschatsky Editor, 1980, p. 188.

2.5.1 Emenda Constitucional nº 16, de 1965

Apesar de o País estar sobre a égide de um regime político antidemocrático, conseqüência do movimento de 1964, foi elaborada a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que instituiu, no direito pátrio, o controle *abstrato* de inconstitucionalidade. O ordenamento jurídico nacional, além conservar a previsão de controle pela via indireta, exercitável por qualquer órgão jurisdicional, criou o controle de constitucionalidade pela via direta.

Assim, o controle de constitucionalidade brasileiro começou a adotar as duas formas mais usadas sobre o tema no mundo ocidental, a via direta, inspirado no modelo austríaco de HANS KELSEN, e a via difusa, de origem norte-americana. Não só no âmbito federal, mas também no estadual, já que a Emenda Constitucional 16/65 autorizou que os Estados instituíssem competência aos Tribunais de Justiça, para a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, caso fosse atingida a Constituição Estadual. (art. 19, que acrescentou o inc. XII ao art. 124 da Constituição de 1946).

Observe-se que há considerável diferença entre a representação interventiva de constitucionalidade e ação direta de constitucionalidade. Isso porque a representação interventiva implica uma fiscalização concreta da constitucionalidade, embora exercitada por via de ação direta; presta-se para resolver um conflito federativo. Ao passo que a representação genérica realiza uma fiscalização abstrata da constitucionalidade; nesta analisa-se a compatibilidade em abstrato (em tese) de um ato normativo infraconstitucional contrastado com o Texto Constitucional.¹⁹

2.6 Constituição de 1967

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, conservaram em grande parte o sistema anterior de controle de constitucionalidade; não havendo, grandes mudanças. Isso porque se manteve a via difusa, bem como a via direta. Porém, em alguns pontos houve alterações.

Talvez por um esquecimento de seus elaboradores, a Constituição de 1967 não previu a possibilidade de se instaurar a representação de inconstitucionalidade no âmbito dos

¹⁹ CLÉVE, CLÉMERTON MERLIN. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: ed. RT, 1995, p. 71.

Tribunais de Justiça estaduais para declaração de lei ou ato normativo representação de inconstitucionalidade genérica em âmbito estadual. Mas tal lapso, dois anos mais tarde, foi sanado pela Emenda nº 1, de 1969, que a instituiu (art. 15, §3º, *d*).

Outra variação refere-se à competência para a intervenção nos Estados em casos de inobservância dos princípios constitucionais sensíveis, vez que antes era atribuída ao Congresso Nacional (Poder Legislativo) e com a Constituição de 1967 passou a ser atribuição do Presidente da República (Poder Executivo), conforme o art. 11²⁰. O que parece ser compreensível em se tratando de um regime político autoritário.

A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, trouxe o instituto jurídico da representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, prerrogativa exclusiva do Procurador-Geral da República para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, inc. I, *e*).

Apesar de dispensável, a Emenda Constitucional nº 7/77 deixou clara a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal deferir pedido cautelar nas representações de inconstitucionalidade apresentadas pelo Procurador-Geral da República (art. 119, inc. I, *p*).

2.7 Constituição de 1988

A atual Constituição continuou a admitir tanto o controle de constitucionalidade pela via difusa, inspirada no modelo norte-americano e a via de ação direta, por influência de HANS KELSEN, perante o Supremo Tribunal Federal. Previu ainda a possibilidade de os Estados instituírem a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição local, sendo vedada a atribuição da legitimação para agir um único órgão (art. 125, § 2º)²¹.

²⁰ Art 11. Compete ao Presidente da República decretar a intervenção.

§ 1º A decretação da intervenção dependerá:

- a) no caso do n.º IV do art. 10, de solicitação do Poder Legislativo ou do Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;
- b) no caso do n.º VI do art. 10, de requisição do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior Eleitoral, conforme a matéria, ressalvado o disposto na letra c deste parágrafo.
- c) do provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, nos casos do item VII, assim como no do item VI, ambos do art. 10, quando se tratar de execução de lei federal.

§ 2º Nos casos dos itens VI e VII do art. 10, o decreto do Presidente da República limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida tiver eficácia.

²¹ Art. 125, § 2º. Cabe aos Estados a instituição de 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.

Apesar de manter o sistema híbrido, parece que a intenção do constituinte de 1988 foi a de criar um sistema aprimorado de controle da Constituição com diversas formas, ao instituir novas figuras e institutos jurídicos, que serão analisados ao longo deste estudo, com o objetivo de ver prevalecer os escritos constitucionais. Como, por exemplo, o alargamento da legitimidade para a propositura de ações direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, que era uma das questões mais discutidas pela doutrina²², principalmente sobre a obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República promover a representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A Constituição brasileira atual estabeleceu diversos institutos jurídicos e aprimorou os já existentes com a finalidade de ver garantida a força de tal norma de hierarquia superior. Há, a partir do novo ordenamento, toda uma gama de agentes políticos e de órgãos especiais com a função de defender os preceitos esculpido no Texto.

Há algumas classificações sobre o controle de constitucionalidade. Dentre elas se destacam as atinentes ao órgão competente para verificar a compatibilidade; quanto ao momento, se repressivo ou preventivo; quanto ao modo de controle; ou, ainda, quanto à natureza do órgão, se político ou judicial.

Em uma democracia pluralista, todos os cidadãos são “guardiões” da Constituição, do cidadão norma até o Presidente da República, assim, o controle sobre a prevalência da Constituição sobre os demais atos públicos cabe, em princípio, a todos²³, porém alguns “atores” têm uma atribuição mais específica e ao mesmo tempo mais ampla.

A verificação da compatibilidade dos atos públicos pode ocorrer antes de sua existência formal, como um projeto de lei, ou após sua existência, quando se o projeto de lei se transformar, de fato, em lei, por exemplo. Na primeira hipótese, há um controle preventivo, que é feito, essencialmente, pelo Poder Legislativo, em especial as Comissões de Constituição e Justiça tanto do Senado Federal quanto da Câmara dos Deputados. O controle de

²² “Autores de renome, como Pontes de Miranda, Josaphat Marinho, Caio Mário da Silva Pereira, Themístoles Cavalcanti e Aducto Lúcio Cardoso, manifestaram-se pela obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a questão constitucional ao Supremo tribunal Federal, ressaltando-se, univocamente, a impossibilidade de se alçar o chefe do Ministério Público à posição de juiz último da constitucionalidade das leis. Outros, não menos ilustres, como Celso Agrícola, José Carlos Barbosa Moreira, José Luiz de Anhaia Mello, Sérgio Ferraz e Raimundo Faoro, reconheceram a faculdade do exercício da ação pelo Procurador-Geral da República” MENDES, Gilmar Ferreira. Ob cit. págs. 226/227.

²³ HÄBERLE, PETER. *A jurisdição constitucional na fase atual de desenvolvimento do Estado Constitucional*, São Paulo: Revista de Direito Administrativo, nº 244, ed. Atlas, 2007, p.222.

constitucionalidade também é preventivo quando o Presidente da República (art.66, § 1º)²⁴ veta um projeto de lei ao alegar que o mesmo é incompatível com a Carta Magna.

O controle de constitucionalidade, como visto, pode ser feito pela via difusa, ou pela via direta. Por esta via só pode ter competência órgão judicial com previsão expressa na Constituição, enquanto aquele é exercido por qualquer órgão judicial. Nos casos concretos, como o juiz não pode deixar de julgar a causa, precisa primeiro analisar a questão prejudicial, se houver, de inconstitucionalidade, para então, com base na premissa feita de (in)constitucionalidade, julgar.

Na constatação concreta não há qualquer prazo ou momento para suscitar a questão de constitucionalidade, por se tratar de matéria de ordem pública, que a constitucionalidade de lei é por excelência.

Como há de se pensar, a eficácia da declaração de (in)constitucionalidade varia, não só pelo tipo de ação ajuizada, mas também por diversos outros fatores jurídicos e políticos

²⁴Art. 66, § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A partir da Emenda Constitucional n. 16, de 1965, o sistema brasileiro passou a conceber o controle de constitucionalidade das leis via arguição direta de inconstitucionalidade. Denomina-se assim (*ação direta*) porque não há nenhuma relação jurídica litigiosa; a solução da ação ocorrerá com o pronunciamento do Poder Judiciário sobre a constitucionalidade de algum ato normativo, sem qualquer efeito pecuniário imediato.

3.1 Natureza jurídica processual

No passado, discutiu-se sobre a o caráter jurisdicional ou não do processo em que se impugna um ato do Poder Legislativo. Em seu estudo sobre o assunto PIERO CALAMANDREI²⁵ definiu o Tribunal Constitucional como sendo um órgão “superlegislativo” e não judicial.

Entretanto, prevaleceu a teoria que atribuiu natureza jurisdicional à ação em que se argüi a constitucionalidade de leis. Se não fosse assim, a decisão do Poder Judiciário não teria força alguma, sendo mero consultor jurídico. Seria uma justiça coma balança, porém, sem a espada, ou seja, em vã.

A arguição direta de inconstitucionalidade, apesar de hoje estar consagrada a sua natureza de ação, nem sempre foi pacífico tal entendimento no Supremo Tribunal Federal. O ilustre ALIOMAR BALEEIRO entendeu que não se trata de ação, pelo menos, não em seu caráter puro. Como se vê em sua manifestação²⁶:

O Sr. Ministro Eloy da Rocha tocou num ponto também político, quando disse que isso a que o meu eminente mestre de Processo, Prof. Amaral Santos, chama “ação direta”, não era uma ação direta. Era algo diferente. Foi sempre a idéia que eu tive. Essa coisa de, por um processo de representação encaminhado pelo Procurador-Geral da República, segundo a Constituição de 1946, poder o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de uma lei estadual e hoje, depois da EC 18 [leia-se 16], uma lei federal – para mim não é uma ação (...). Para mim não é uma ação no sentido clássico, genuíno do Direito Processual. Para mim, é uma instituição de caráter político, à semelhança do *impeachment*, que, por mais que queiramos

²⁵ CALAMANDREI, PIERO. *La illegitimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Opere Giuridiche. A cura de MAURO CAPELETTI. Napoli: Morano, 1968, vol.3, págs. 337-412. *Apud* CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN, *ob.cit.*

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Representação nº 700/SP. Relator Ministro VICTOR NUNES LEAL; relator para acórdão Ministro MOACYR AMARAL SANTOS. Julgamento: 08/11/1967. DJ 28-06-1968. RTJ 45/690.

pôr dentro do Processo Penal, não é processo penal. É uma medida política, pouco importando que ela adote alguns ingredientes processuais.

A ação direta de inconstitucionalidade tem uma natureza jurídica assaz diversa das demais ações no processo civil comum. Nestas ações se busca, ordinariamente, uma composição subjetiva entre as partes.

Aponta-se que uma das vertentes da teoria da ação é entendê-la como um direito cívico, isto é, nas palavras do mestre LEONARDO GRECO²⁷, “um direito absolutamente incondicionado, conferido a qualquer pessoa independentemente do conteúdo da sua postulação. A esse direito corresponde o dever irrecusável de resposta do Estado-juiz”.

Contudo, essa modalidade de direito de ação não é aplicável à ação direta de inconstitucionalidade. Isso porque somente determinadas pessoas ou órgãos têm legitimidade para a propositura de tal ação, por imposição da *Lex Mater*.

Habitou-se dizer que na ação direta de inconstitucionalidade não há partes, mas sim interessados. Desse modo, não haveria subjetividade. Por esse motivo é que se diz que o processo que questiona uma lei tem uma natureza objetiva²⁸, já que não há interesse particular direto envolvido. O que há é um interesse essencialmente do Estado com a manutenção com a ordem jurídica. Assim, já se pronunciou o STF²⁹ ao decidir que:

[no] controle abstrato de normas, em cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto

No processo, por meio do qual se questiona diretamente uma lei, por não haver direitos individuais envolvidos, não há lide *stritu sensu*, pois esta é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida³⁰.

O fim pretendido numa ação direta de inconstitucionalidade, em princípio, não é pacificar conflitos. Visa-se por esse meio assegurar a supremacia da Constituição. Tem por

²⁷ GRECO, LEONARDO. *Teoria da Ação no Processo Civil*, São Paulo: ed. Dialética, 2003, p. 55

²⁸ “Tinha-se aqui, pois, o que a jurisprudência dos tribunais constitucionais costuma chamar de *processo objetivo* (*objektives Verfahren*), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (*Verfassungrechtsbewahrungsverfahren*)” MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, São Paulo: ed. Saraiva, 2004, p. 3.

²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na ADIn 203/DF. Relator Ministro CELSO DE MELLO. DJU de 20 de abril de 1990. p. 3048. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

³⁰ AMARAL SANTOS, MOACYR. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 23ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2004, vol. I, p. 9.

finalidade última a realização dos escopos fundamentais do Estado, conforme traçados pelo legislador constituinte³¹.

Todavia, nos moles da jurisdição constitucional atual, essa característica de processo objetivo não pode ser vista de maneira estanque e firme. Há algumas situações em que tal natureza objetiva cede espaço para a subjetividade. Uma dessas razões está no fato de existir uma espécie de contraditório, que é um princípio aplicado essencialmente nos processos subjetivos.

Outra razão reside no fato de que se for, de fato, um processo sem lide, será, por exclusão, um processo de jurisdição voluntária.

O Supremo Tribunal Federal criou jurisprudência limitando o rol dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade ao indicar um requisito que a Carta Magna não previu, qual seja, a pertinência temática³². Com isso, existem duas categorias de legitimados, os universais e os especiais. Entendimento que se assemelha mais com o processo subjetivo do que com o objetivo, pois se estaria a exigir dos legitimados um interesse jurídico para agir, que não deveria haver. Caso fosse, de fato, um processo puramente objetivo³³.

Assim, pode-se concluir que a ação direta de inconstitucionalidade tem natureza processual própria, que em alguns aspectos coincide com as ações ditas comuns, mas por outros se distancia, devido a sua natureza especial e o seu objeto. Segundo o notável professor JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “o direito processual constitucional é o conjunto de regras constitutivas de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional de actos normativos.”³⁴

A Lei 9.868/99 regula o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Porém, muito embora seja uma lei processual e, portanto,

³¹ BERNARDES, JULIANO TAVEIRA. *Controle Abstrato de Constitucionalidade – Elementos materiais e princípios processuais*, São Paulo: ed. Saraiva, 2004, p. 285.

³² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.242. Relator Ministro MOREIRA ALVES, julgamento em 07.02.2001. DJU de 19.12.2001. “(...) E a pertinência temática é, segundo a orientação firme desta Casa, requisito de observância necessária para o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade.” Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

³³ “Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.” MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, 2ª ed. 2ª tiragem, São Paulo: ed. Saraiva, 2007, p.170.

³⁴ CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 1.041

ordinária e de competência legislativa da União (art. 22, inc. I, da CF/88), não parece ser uma simples lei de processo. Muitas vezes ela repete e até mesmo inova o texto constitucional, como faz com os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 13), o que não se deve admitir em um sistema lógico de ordenamento jurídico hierárquico. Se a Constituição já previu quais seriam os legitimados não é necessário o texto ordinário igualmente dispor.

Sobre a inconstitucionalidade formal da citada lei, já se manifestou o eminente LENIO LUIZ STRECK ao afirmar que

Assim, tudo está a indicar que a Lei 9.868/99 não é uma simples regra de direito processual e, sim, de algo novo no direito brasileiro, qual seja, a especificação do funcionamento da jurisdição constitucional. Desse modo, somente por emenda constitucional que estabelecesse a possibilidade de elaboração de uma lei poderia tratar-se dessa matéria. E tudo estaria a recomendar que uma lei desse quilate devesse ser votada e aprovada por quorum de maioria qualificada.

Desse modo, parece não ser desarrazoado afirmar que a Lei 9.868/99 carece de legitimidade formal, por falta de previsão constitucional acerca da possibilidade de sua edição. As características da Lei 9.868/99, estabelecendo efeito vinculante, institucionalizando a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto, a previsão de efeito avocatório em sede de liminar em ação declaratória de constitucionalidade, a inversão dos efeitos em ambas as ações, só para citar alguns detalhes, *não permitem que a ela se dê o epíteto de mera lei processual*, incabível, portanto, no estreito caminho do art. 22, I, da Constituição Federal. Daí sua inconstitucionalidade³⁵.

3.2 Medida liminar na declaração de (in)constitucionalidade e a sua eficácia

O ordenamento prevê claramente a possibilidade de o Poder Judiciário conceder medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade. A Constituição brasileira atual atribui competência para o Supremo Tribunal Federal julgar pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, inc. I, *p*). A Lei nº 9.868/99 ao mesmo tempo em que possibilita (como não poderia deixar de ser) também regula a decisão liminar proferida em ações em tese de constitucionalidade.

Entretanto, tais previsões parecem irrelevantes, letras mortas, ou melhor, apenas têm a finalidade de dizer o óbvio, com o único sentido de acabar com eventuais dúvidas. Isso

³⁵ STRECK, LENIO LUIZ. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004, p. 542.

porque, no exercício de seu poder jurisdicional, o magistrado tem o dever de zelar pelo processo e pelo seu objetivo. E caso haja alguma circunstância que possa afetar o direito, ainda que não requerido de modo explícito, deverá agir para garanti-lo.

O Supremo Tribunal Federal³⁶ já decidiu nesse sentido, ao julgar pedido liminar, antes mesmo da previsão constitucional (Emenda Constitucional nº 7/77), ao entender que o poder de cautela é inerente à função jurisdicional. Nesse mesmo sentido, em estudo doutrinário manifesta-se o jurista CESAR ASFOR ROCHA³⁷:

O poder-dever assumido pelo Estado brasileiro de prestar a tutela judicial com exclusividade não pode quedar-se ineficaz. É preciso dotar o Poder Judiciário de mecanismos que possibilitem a prestação de tutela almejada de modo efetivo (*sic*) e, na medida do possível, célere.

Para que haja a concessão de qualquer medida liminar, como consagrado, é imperiosa a presença de dois requisitos autorizadores, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, cumulativamente. Nas ações de jurisdição constitucional não é diferente – os mesmos requisitos devem estar presentes –, porém já houve julgado³⁸ em que se adicionaram outros dois: a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito.

Na concessão de liminar na ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não julga antecipadamente sobre a constitucionalidade ou não da norma impugnada. Mas procura evitar que ela continue a produzir resultados, que pode ser maléfico ao direito, uma vez que é possível que seja inconstitucional. Com bem apontou o ilustre MOREIRA ALVES ao dizer que “Quando suspendemos liminarmente a vigência de uma lei, na realidade, não estamos declarando sua inconstitucionalidade, mas estamos apenas evitando que ela, a partir da concessão da liminar, produza efeitos³⁹”

Também é importante dizer que o indeferimento da liminar não deve ser entendido como um pré-julgamento, fato que levará a conclusão de que a norma é constitucional. Não. A norma impugnada pode ser absolutamente inconstitucional, mas o Tribunal entendeu que não estão presentes os já mencionados elementos autorizadores para a concessão da medida liminar.

³⁶ Representação (Questão de Ordem) nº 933. Ministro THOMPSON FLORES. RTJ 76:342. DJU 26.12.1976

³⁷ ROCHA, CESAR ASFOR. *A Luta pela Efetividade da Jurisdição*, São Paulo: ed. RT, 2007, p. 116.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.521-MC, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, julgamento em 12.03.1997, DJU de 17.03.2000. “A concessão de liminar pressupõe a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito.” RTJ, vol. 173-02, págs. 424.

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto na Representação nº 1.391. Relator Ministro CÉLIO BORBA. RTJ 124:81.

Ao se questionar uma lei ou qualquer ato normativo há o enfraquecimento de sua presunção de constitucionalidade, e, assim, para que se possa efetivar a declaração de inconstitucionalidade pode haver a suspensão dos processos que estão em trâmite, de acordo com o art. 265, inc. IV, *a*, do CPC.

Em uma interpretação sistemática do direito positivo, a suspensão, no entanto, só afetará os processos que forem ajuizados depois da propositura da ação direta de inconstitucionalidade, e não os que já estão em curso. A suspensão do processo só é cabível se a questão prejudicial estiver previamente pendente em outro processo. Nas palavras do culto LEONARDO GRECO: “O ajuizamento posterior do processo condicionante não enseja a suspensão do processo condicionado.”⁴⁰

É esse também o entendimento de MONIZ DE ARAÇÃO ao lecionar que

A suspensão do processo por força do disposto na letra *a* [do art.265, inc. IV, do CPC] se restringe às questões prejudiciais externas, que já estejam propostas. O texto delimita muito bem a hipótese, não deixando margem a dúvida. (...) Se a ação já tiver sido proposta, a suspensão é inadmissível, ressalvado o disposto no art.110 neste Código [de Processo Civil]⁴¹.

Contudo, apesar de conveniente, o juiz da causa não é obrigado a promover a suspensão; podendo dar continuidade ao regular desenvolver do processo, mas, em assim fizer, deverá obedecer aos ditames contidos na decisão que liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concentrado. Caso haja o descumprimento poderá a parte prejudicada interpor recursos ou ainda ajuizar reclamação⁴².

A Lei 9.868/99, em seu art. 10, *caput*, restringiu a medida liminar ao instituir um quórum qualificado de maioria absoluta para sua concessão, ressalvando as férias. Nestes períodos, o Presidente do Tribunal apreciará e decidirá o pedido e depois o Pleno do Tribunal a homologará ou não.

A medida cautelar, como regra, terá efeitos *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender de forma diversa, por expressa previsão legal (art. 11, § 1º, Lei 9.868/99)⁴³. Desse modo, havendo omissão na parte dispositiva da decisão, os efeitos serão prospectivos, isto é, pró-futuro. Como veremos, a sistemática adotada na medida liminar é o oposto quando há o

⁴⁰ GRECO, LEONARDO. *A suspensão do processo*, São Paulo: Revista de Processo, nº 80, ano 20, 1995, p. 99.

⁴¹ MONIZ DE ARAÇÃO, E.D. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004, p. 401, volume II.

⁴² ZAVASCKI, TEORI ALBINO. *A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, São Paulo: ed. RT, 2001, p. 69.

⁴³ Art. 11, § 1º - A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

juízo final da ação direta de inconstitucionalidade. Ou seja, quando o Tribunal declara algum ato normativo inconstitucional, em caráter liminar, as situações ocorridas na vigência da lei impugnada não serão atingidas, ressalvando-se a expressa manifestação em sentido contrário.

O STF ao apreciar a medida liminar, devido a sua natureza de precariedade e revogabilidade, não está vinculado a essa decisão, podendo revogar a sua concessão, *ex officio*. Conclusão extraída da interpretação do art. 5º, inc. XXXV, da Carta Magna, que torna mais efetiva a atuação da Suprema Corte na aplicação da norma constitucional violada, em face dos elementos ou situações desconhecidas na oportunidade do julgamento cautelar⁴⁴.

O § 2º, do art. 11º, da Lei 9.868/99 reza que “A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”. Este artigo, no entanto, tem a sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, em especial a sua parte final (salvo expressa manifestação em sentido contrário) através da ação direta de inconstitucionalidade (nº 2258), ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, que está pendente de julgamento⁴⁵.

A concessão da medida cautelar, sob a ótica desse dispositivo, visa a antecipar um dos efeitos da decisão final sobre a constitucionalidade da norma, qual seja, o efeito repristinatório. O ordenamento jurídico não pode, ao menos não deve, ter um vácuo legislativo, em benefício da segurança jurídica, já que havendo omissão legislativa o juiz julgará de acordo com a analogia, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito (art.126, do CPC)⁴⁶, hipótese que deve ser evitada.

Então, após a concessão da liminar, há duas opções: ou se privilegia a legislação revogada pela norma em que se argüi a constitucionalidade; ou se privilegia a norma que ainda não teve a decretação final de sua inconstitucionalidade, mas que já há uma liminar, presente, deste modo, o *fumus boni iuris*.

O legislador preferiu optar pela primeira alternativa, qual seja, a da repristinação da legislação já revogada, porém com eficácia após o julgamento, pois a decisão, em regra, tem efeitos *ex nunc*. Assim, a Corte Suprema brasileira afirmou que:

⁴⁴ MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA; MENDES, GILMAR FERREIRA. Ob. Cit. p.311.

⁴⁵ Em consulta feita ao sítio do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br) em 15 de maio de 2008, constatou-se que o processo está concluso com o Ministro Relator CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO.

⁴⁶ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

“a eficácia *erga omnes* das decisões prolatadas por esta Corte, em ação direta de inconstitucionalidade, quando suspendem, *ex nunc*, o ato normativo impugnado, se adstringe a revigorar, para o futuro e até decisão final da ação a normatividade vigente anteriormente, impondo a todos a observância desta”.⁴⁷

Quando o Supremo Tribunal Federal defere uma liminar nas ações direta de inconstitucionalidade essa decisão tem efeito vinculante perante os demais órgãos do Poder Judiciário do país. Essa vinculação ocorre por uma questão de hierarquia e também atende ao postulado da segurança jurídica. Caso não fosse assim, ainda que o órgão máximo do Poder Judiciário nacional se manifeste em um sentido, os demais tribunais do país estariam livres para decidir, no caso concreto, de maneira livre, o que poderia causar um caos jurídico. Por isso, GILMAR MENDES explica que a suspensão cautelar da norma afeta sua vigência provisória, o que impede que os tribunais, a administração e outros órgãos estatais apliquem a disposição que restou suspensa⁴⁸.

3.3 Eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* do julgamento definitivo

Sabe-se que a norma jurídica tem três planos básicos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Numa norma considerada perfeita as três categorias devem coexistir. A existência de um ato jurídico pressupõe um mínimo de guarita legal. Por exemplo, seria inexistente a norma escrita a mão por dois deputados em uma festa. Já o plano da validade implica que o ato, além de existir, também deve estar em harmonia com o ordenamento jurídico hierárquico. Uma norma eficaz é aquela apta a produzir efeitos no mundo real, em algum caso concreto, além de ser existente e válida.

Quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de um ato normativo há, sem dúvida, um vício. A questão, a saber, é qual daqueles planos foi atingido por tal decisão. Sanada essa indagação se poderá dizer, com mais clareza, sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Essa análise é de grande valia para saber quais são os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Tem-se assinalado que a declaração de inconstitucionalidade atinge a validade da norma jurídica, já que o fundamento de validade da norma está sempre em outra superior, até

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.423 - Questão de Ordem. Relator Ministro MOREIRA ALVES. julgamento em 13.03.1997. DJU de 06.06.1997. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

⁴⁸ MENDES, GILMAR FERREIRA. *Jurisdição Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1999, p. 177.

que se alcance a norma fundamental, a Constituição. Isso porque o termo validade significa justamente o nome da relação que entre as normas do sistema jurídico se estabelece⁴⁹. Ademais, o conceito de invalidade é amplo e compreende o de nulidade e o de anulabilidade.⁵⁰

No caso de declaração de inconstitucionalidade de lei, por existir um interesse público envolvido, talvez o de maior importância pública, já que a jurisdição constitucional mira a proteção da Constituição, haverá a nulidade da norma.

Os que aderiram à teoria de HANS KELSEN⁵¹ expõem que a lei declarada inconstitucional é anulável, isto é, somente depois do pronunciamento do Tribunal Constitucional a lei não deveria mais ter aproveitamento. Assim, as situações anteriores, regidas por lei inquinada de vício de inconstitucionalidade, não sofreriam alterações. Essa teoria visa a garantir a segurança jurídica das relações travadas antes da manifestação do Tribunal. Por essa corrente de pensamento, que no Brasil foi referendada pela doutrinadora REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI⁵² e pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal LEITÃO DE ABREU⁵³, a sentença do Tribunal, ao verificar a incompatibilidade de uma lei com a Constituição, tem natureza constitutiva. Ou seja, a eficácia seria *ex nunc, i.e.*, produzindo efeitos para o futuro, desconsiderando os acontecimentos passados sobre a vigência da norma declarada inconstitucional.

Interessante análise é trazida por CARLOS ALBERTO LUCIO BITTENCOURT⁵⁴, para quem a inconstitucionalidade da lei, após seu julgamento pelo tribunal, tem como consequência necessária: ou a sua revogação, ou a sua inexistência ou, ainda, a sua ineficácia. Para ele, a inconstitucionalidade é um estado – de conflito entre a norma e a constituição – e a revogação é um efeito desse estado. Afirma o mencionado autor que a lei não é nula ou ineficaz, mas sim inexistente, pois se um ato não se apresenta com a forma estabelecida com a Constituição não

⁴⁹ FERRAZ JR., TERCIO SAMPAIO. *A teoria da norma jurídica*, 4ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 2006, p. 97.

⁵⁰ AMARAL, FRANCISCO. *Direito Civil – Introdução*, 5ª ed., Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2004, p.524.

⁵¹ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 2ª ed., São Paulo: ed. Martins Fontes, 2003, p.30

⁵² “Concluimos, pois, que a norma inconstitucional é anulável e que os atos praticados sob o império dessa lei devem ser considerados válidos, até e enquanto não haja a decisão que a fulmine com tal vício, operando eficaz e normalmente como qualquer outra disposição válida, já que o é até a decretação de inconstitucionalidade.” FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5ª ed., São Paulo: ed. RT, 2004, págs. 172/173.

⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 79.343/BA acórdão publicado em 31.05.1977. RTJ. 82:791, 1977, Ministro Relator LEITÃO DE ABREU. “Acertado se me afigura, também, o entendimento de que não se deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade.”

⁵⁴ BITTENCOURT, CARLOS ALBERTO LUCIO. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, atualizado por JOSÉ DE AGUIAR DIAS, 2ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 1968, p.131.

se trata de lei⁵⁵, nos casos de vícios na elaboração do processo legislativo. E quanto à ineficácia, assevera que os tribunais, nem os órgãos públicos, não podem aplicar a lei em nenhum caso.

A doutrina e a jurisprudência, no entanto, firmaram posição no sentido de que a norma declarada inconstitucional é norma inválida; e que, por isso, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade deverão retroagir desde o seu nascimento. O mestre de todos, ALFREDO BUZAID⁵⁶, é categórico ao dizer que a sentença que decreta a inconstitucionalidade de determinada lei significa dizer que tal lei é inválida, isto é, lei absolutamente nula. Assim, a decisão retroage seus efeitos até o berço da lei, pois a mesma é natimorta, já que a nulidade fere-se *ab initio*. Com isso, a lei declarada inconstitucional não deve produzir qualquer efeito.

Mas será que com a sua invalidação acarretará em um vácuo legislativo? Talvez não seja a melhor solução. A lei, como uma das principais expressões do Direito, tem por finalidade regular a vida em sociedade, impondo limites aos anseios das pessoas. Sem esse regramento a sociedade ficaria desorganizada.

Sendo a lei inconstitucional inválida a eficácia do julgado é retroativa, atingindo todos os atos praticados sob o império da lei declarada inconstitucional⁵⁷, ou seja, tem-se com isso a eficácia *ex tunc*. Nesse mesmo pensar, o eminente constitucionalista português JORGE MIRANDA explica que a eficácia sucede por duas razões fundamentais:

(...) por a Constituição (ou a lei) como fundamento de validade, como base na força intrínseca da norma em causa, dever prevalecer incondicionalmente desde o momento em que esta é emitida ou em que ocorre a contradição ou a desconformidade, e não apenas desde o instante em que a contradição é reconhecida; por a mera eficácia futura da declaração poder acarretar diferenças de tratamento das pessoas e dos casos sob o império do mesmo princípio ou preceito constitucional, uns sujeitos ao seu comando e outros (os considerados antes da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) subordinados, ao cabo e ao resto, ao sentido da norma inconstitucional ou ilegal, ao sentido de uma norma juridicamente válida.⁵⁸

Diante disso, sendo a declaração de inconstitucionalidade retroativa, revigora-se a legislação por ela revogada, como uma espécie de repristinação da lei que fora extinta. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência da Corte suprema brasileira⁵⁹.

⁵⁵ Idem. p.133.

⁵⁶ BUZAID, ALFREDO. Ob. Cit. p. 132.

⁵⁷ BUZAID, ALFREDO. Ob. Cit. p. 137.

⁵⁸ MIRANDA, JORGE. *Manual de direito constitucional*, 3ª ed., Coimbra: ed. Coimbra, 1991, tomo II, p. 489

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.148/TO. Relator Ministro CELSO DE MELLO. DJe nº 112 e DJ de 28.09.2007. Tribunal Pleno. Julgamento em 13.12.2006:

FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE E EFEITO REPRISTINATÓRIO. - A declaração de inconstitucionalidade "in abstracto", considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 120/64 - RTJ 194/504-505 - ADI 2.867/ES, v.g.), importa em

Mas e se essa lei que fora revogada também é inconstitucional? Apesar de a Lei 9.868/99, que regula o rito da ação direta de inconstitucionalidade, não dizer de maneira explícita, deve se entender pela primazia da Constituição. Ou seja, ainda que o pedido da ação não faça referência sobre a norma que será repristinada, há entendimento de que o tribunal pode e deve apreciar sobre a (in)constitucionalidade das normas que poderão voltar a vigor⁶⁰. Sobretudo porque a norma a ser repristinada pode ser mais inconstitucional ainda. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal entende que a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser conhecida⁶¹.

A Constituição brasileira atual é expressa quanto a abrangência da declaração de inconstitucionalidade ao preceituar que “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.”⁶²

A Lei 9.868/99, mais uma vez, preconiza o mesmo do que a Constituição em seu art. 28, § único, “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Como se vê, a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal tem eficácia vinculante e *erga omnes*. Sendo proveniente da cúpula do Poder

restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica (RTJ 146/461-462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida (RTJ 102/671), sequer possui eficácia derogatória. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

⁶⁰ VELOSO, ZENO. Ob. Cit. p.195.

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2574/AP AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator Min. CARLOS VELLOSO Julgamento 02/10/2002 Tribunal Pleno Publicação DJ 29-08-2003. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO REPRISTINATÓRIO: NORMA ANTERIOR COM O MESMO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a repristinação de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. Neste caso, e não impugnada a norma anterior, não é de se conhecer da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes do STF. II. - ADIn não conhecida. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

⁶² Esta redação, dada com a Emenda Constitucional nº 45/2004, sanou um defeito neste dispositivo, já que a redação anterior previa apenas tais eficácias e efeitos para a ação declaratória de constitucionalidade, sem se referir à ação direta de inconstitucionalidade.

Judiciário é completamente lógico e racional que nenhum outro órgão do mesmo poder, nem do Executivo, possa desobedecer a decisão por ela articulada.

Esse efeito vinculante é uma exceção ao ordenamento jurídico brasileiro, pois neste está presente a livre convicção do juiz, seja na matéria de fato ou quanto ao mérito da causa. A eficácia vinculante atribuí ao julgamento uma força obrigatória qualificada, e tem como consequência processual, caso haja insubordinação do tribunal inferior, a utilização da reclamação (art.102, inc. I, I)⁶³, para que o Supremo possa fazer valer a sua decisão.

Embora a Constituição e a Lei 9.868/99 não incluam o próprio STF para a vinculação, tal órgão também deve se fiar aos termos de sua própria decisão, ao menos que haja uma inovação legislativa, no caso, uma Emenda Constitucional. Isso atenderia aos postulados da segurança jurídica e da coisa julgada, que não é demais repetir são garantias fundamentais, expressamente previstas na Constituição (art. 5º).

A doutrina⁶⁴, seguindo a lei e a Constituição, acentua que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado a sua própria decisão em caso de procedência da ADIn. Ora, ao se tomar isso como premissa significa dizer que a decisão não faz coisa julgada. O que poderia acarretar em um novel ajuizamento de uma nova ação direta de inconstitucionalidade da Corte, e sendo assim, a segurança jurídica das relações travadas com base naquele entendimento ruiria. Mas no caso de declaração de inconstitucionalidade não parece ser possível esse reexame porque se o Tribunal já julgou o tema não se pode rediscutir a matéria, pois faltaria, em tese, ao legitimado interesse de agir.

O insígne GILMAR FERREIRA MENDES, apesar de doutrinarem que é possível a mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal, estabelece limites a esse poder:

De um ponto de vista estritamente material também é de se excluir uma autovinculação do Supremo Tribunal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isso poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, afazer imanente aos órgãos de jurisdição constitucional.

Todavia, parece importante, tal como assinalado por Bryde, que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas o faça com base crítica fundada em entendimento anterior que explicita e justifique a mudança⁶⁵.

⁶³ “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”

⁶⁴ Ver VELOSO, ZENO. Ob cit. p.199 e BERNARDES, JULIANO TAVEIRA. Ob cit. p.471.

⁶⁵ MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA; MENDES, GILMAR FERREIRA. Ob. cit. p. 524

Se o Supremo Tribunal Federal julga procedente uma ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, declara que a norma é inconstitucional as dúvidas são diminutas no que se refere à certeza da validade da norma impugnada. Contudo, será que quando o Tribunal julga improcedente a ação direta de inconstitucionalidade também terá as mesmas conseqüências?

Embora se tenha consagrado o caráter dúplice dessa ação, isto é, quando há a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, implicará, necessariamente, na declaração de constitucionalidade do ato normativo e vice-versa. Esta não parece ter sido a melhor escolha.

Ora, ao julgar improcedente a ADIn os Ministros da Corte Suprema, por certo, não exauriram todo o Texto Constitucional. Analisam, ordinariamente, os argumentos tecidos na petição inicial e no parecer do Procurador-Geral da República. Seria atribuir uma vinculação muito forte à decisão de improcedência.

Por exemplo, se o Supremo Tribunal Federal julgar improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil em que se alega violação ao Princípio da Anualidade dos impostos (art. 150, inc. III, *b*) e o Supremo afirmar que foi observado esse princípio constitucional. Será que os Ministros da Suprema Corte têm a convicção e a certeza de que foi respeitado o quórum constitucional nas Casas Legislativas? Por certo, a resposta que se impõe é negativa. Assim, só se deve falar em coisa julgada em jurisdição constitucional nos casos de declaração de inconstitucionalidade. Isto é, quando há uma declaração de que a norma é constitucional frente a alguns dispositivos da Constituição não significa que a mesma é compatível com todo o texto, sendo possível o ajuizamento de nova ação tendo como parâmetro outros dispositivos.

Assim, nos casos de declaração de constitucionalidade de um ato normativo sob a análise de determinados preceitos constitucionais, os tribunais inferiores não estão adstritos aos termos da manifestação da cúpula do Poder Judiciário, caso se impugne novos ditames da Constituição.

3.4 Eficácia temporal e efeito *ex tunc* – modulação temporal e discussão sobre a constitucionalidade do Art. 27, da Lei 9.868/99

A declaração de inconstitucionalidade, por afetar o plano da validade, acarreta, ordinariamente, a nulificação da norma com efeitos *ex tunc*, o que desconstitui todas as relações jurídicas baseadas na norma inconstitucional. Todavia, há algumas situações em que esse efeito retroativo fica limitado. Essa restrição não deve ser usual. Só se deve aplicar essa exceção nos casos em que haja outros valores constitucionais envolvidos.

Isso porque, em alguns casos, caso haja a retroação dos efeitos de modo ortodoxo, afetar-se-á outros valores constitucionais, o que seria uma contradição do sistema, já que ele visa a manter a força normativa da Constituição. Nessas situações, em que há um choque de dois ou mais valores constitucionais, há de se fazer uso da ponderação de interesses, buscando sempre uma interpretação sistemática da Carta Magna, para a sua melhor efetivação. Os atos declarados inconstitucionais podem ter fluído de maneira relevante sobre a situação jurídica de muitas pessoas, e não é razoável que se faça tábua rasa de todas essas conseqüências⁶⁶.

Diante da realidade fática, com o intuito de regular os valores jurídicos, o legislador ordinário produziu o art. 27, da Lei 9.868/99, que tem a seguinte redação: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Contra esse dispositivo, no entanto, foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's nºs 2.154 e 2.258) em que se alega violação ao Princípio da Legalidade e ao Estado Democrático de Direito, pois pelo art. 27 da Lei 9.868/99, admite-se a possibilidade de que atos normativos inconstitucionais produzam efeitos. Apesar de já ter transcorrido 8 (oito) anos da data do ajuizamento de tais ações, ainda não há um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, embora o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE tenha proferido voto no qual declarava a inconstitucionalidade nas mencionadas ADIn's.

Mostra-se pertinente saber a origem do art. 27, da Lei 9.868/99. Quando a atual Constituição estava em fase de elaboração, a Assembléia Nacional Constituinte em 1987 por iniciativa do então Senador Maurício Corrêa foi apresentada a seguinte proposta para que ficasse inserida no Texto Constitucional: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão

⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *Efectos de la declaración de la inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal brasileño*, Temas de Direito Processual, Oitava Série, São Paulo: ed. Saraiva, 2004, p.173. (tradução livre)

a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória.” Porém não houve o acolhimento de tal sugestão.

Durante o processo de revisão da Constituição em 1994, mais uma vez, procurou-se reavivar aquela sugestão, proposta pelo então Deputado Nelson Jobim, agora com a seguinte redação: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do transito em julgado da decisão.” Novamente, rejeitou-se essa inserção no texto constitucional.

Em 1999, um grupo de notáveis juristas composto por ADA PELEGRINI GRINOVER, ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, ANTÔNIO JAMYR DALL’AGNOL, ARNOLDO WALD, CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, GILMAR FERREIRA MENDES, LUÍS ROBERTO BARROSO, MANOEL ANDRÉ DA ROCHA, ROBERTO ROSAS, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR E ANTONIO HERMAN VASCONCELOS BENJAMIN, presidido pelo Professor CAIO TÁCITO, apresentou o Projeto de Lei nº 2.960/97 resultando na aprovação da Lei 9.868/99, que regula o processo de ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

A despeito de a comissão formada para a elaboração da Lei 9.868/99 tenha sido integrada por vários juriconsultos da melhor estirpe, não ficou imune a críticas. Pelo contrário. Houve diversas opiniões que reprimiam tal inovação legislativa.

Embora tenha feito parte da mencionada banca, LUÍS ROBERTO BARROSO⁶⁷ admite que se manifestou contrariamente ao art. 27, da Lei 9.868/99, fundando suas críticas sobre três argumentos: (i) essa previsão deveria estar contida no corpo da Constituição, portanto, deveria ser inserida por meio de Emenda Constitucional; (ii) o Supremo Tribunal Federal já conseguira administrar satisfatoriamente o problema, atenuando o rigor da teoria das nulidades das Constituições e (iii) temia que a exceção se tornasse regra, ou seja, que o Supremo Tribunal Federal passasse a abusar desse dispositivo, sob a argumento de razões de Estado.

O douto advogado OCTAVIO CAMPOS FISCHER⁶⁸, um pouco mais ousado (como ele próprio admite), sustenta que nem mesmo por emenda constitucional pode-se regular a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, sob o argumento de que não se

⁶⁷ BARROSO, LUÍS ROBERTO. Ob. cit. p. 24 – nota de rodapé.

⁶⁸ FISCHER, OCTAVIO CAMPOS. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*, Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2004, p.215.

pode conferir ao poder controlado (Congresso) a possibilidade de restringir a atuação do poder controlador (Poder Judiciário), independentemente do instrumento.

A questão da modulação temporal refere-se a dogmática da Constituição. Mas isso não significa necessariamente dizer que se está negando a sua efetividade e sua força normativa. É fora de dúvida que todos pretendem, ou pelo menos deveriam, aplicar o justo, mas para se chegar a tal finalidade, busca-se diversos caminhos e soluções.

Quando há um ato inconstitucional em qualquer ordenamento jurídico, há de se ter meios para eliminá-lo desde o seu nascedouro. Assim deve-se portar o sistema jurídico-político. Contudo, a pior interpretação é aquela que não comporta ponderações nem exceções. A retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pode provocar verdadeira calamidade jurídica, vez que é possível atingir um sem-número de situações consolidadas sob a vigência da lei agora tida por inconstitucional⁶⁹, efeitos que podem trazer conseqüências que muitas vezes se afasta da própria vontade do constituinte originário, por mais paradoxo que possa ser. Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o melhor a se fazer é fugir o rigorismo técnico-jurídico, das posições inflexíveis e dogmáticas, pois as conseqüências práticas e políticas devem permitir que o Tribunal, no caso, exerça um poder normativo, ao determinar a eficácia da decisão a respeito da inconstitucionalidade.⁷⁰

No que tange ao aspecto material, qual seja, a modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal⁷¹ já vinha sanando a questão, ao colocar na balança os valores constitucionais envolvidos. Isto é, em havendo embate entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que pelo ordenamento jurídico brasileiro, também tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação de valores constitucionais. Essa opção hermenêutica é uma atividade de ponderação de regras em que se verifica a delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceito jurídicos políticos indeterminados como o Estado de Direito, certeza do direito e democracia⁷².

Segundo o próprio art. 27, o Supremo Tribunal Federal só poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade

⁶⁹ BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1995, tomo III, p.85. volume IV.

⁷⁰ VELOSO, ZENO. *Ob.cit.* p.188.

⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 78.533, julgado em 13.11.1981. Revista Trimestral de Jurisprudência, volume 100, p.1.086.

⁷² ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: ed. Malheiros, 2003, p.48.

caso haja um dos seus requisitos autorizadores, quais sejam, as razões de segurança pública e excepcional interesse público. Esses conceitos, embora possam ser determinados, são bastante vagos, pois não há ainda nenhum consenso sobre a definição deles. No entanto, parece que tais condições se referem a eventos passados, já que não é razoável falar em segurança jurídica futura e nem em excepcional interesse público maior que os previstos na Constituição.

Contra isso, a parte final do art. 27 articula que o Supremo Tribunal Federal poderá decidir que a declaração de inconstitucionalidade só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Com isso, o órgão máximo do Poder Judiciário julga uma lei inconstitucional, mas obriga às pessoas a continuarem a cumprir a lei eivada de vício. O que é uma contradição monumental. Como visto, a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade que visava exatamente dar efetividade a Constituição, ainda que seja sob uma outra perspectiva, mormente a segurança jurídica, abre espaço para a relativização da Constituição.

Sobre a temática, adverte LENIO LUIZ STRECK⁷³, ao afirmar que tal previsão enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos, as razões de segurança jurídica e o excepcional interesse público, já que isso é completamente estranho ao direito constitucional brasileiro. Ainda que haja razões de ordem pragmática que orientam para a necessidade de mitigação do efeito *ex tunc*, podendo o Supremo Tribunal Federal estabelecer efeitos *ex nunc*, não é admissível que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar a eficácia pró-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado. Nesses casos, de eficácia pró-futuro, estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade, o que viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O constitucionalista GILMAR FERREIRA MENDES, um dos maiores defensores da constitucionalidade do art. 27, da Lei 9.868/99, traz importante quadro sinótico⁷⁴ com o direito comparado em que analisa a eficácia pró-futuro da declaração de inconstitucionalidade. Por tal quadro, países da *civil law* como a Alemanha, a Áustria, Portugal e República Tcheca admitem a declaração de inconstitucionalidade pró-futuro. No entanto, diferentemente com o que ocorre com o Brasil, tais previsões estão dispostas em suas

⁷³ STRECK, LENIO LUIZ. Ob. Cit. p.698

⁷⁴ MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA; MENDES, GILMAR FERREIRA. Ob cit. 27/32.

próprias Constituições. Desse modo, nessas nações não se pode cogitar de incompatibilidade de tais normas.

A meu ver a questão principal para essa regra de modulação temporal na declaração de inconstitucionalidade restringe-se sobre a possibilidade de uma lei ordinária limitar a atuação do órgão máximo de um dos poderes da República, no caso o Supremo Tribunal Federal. Em pensar inicial, acredito que não.

A eficácia *ex nunc* ou pró-futuro tem especial relevância quando a norma impugnada por vício de inconstitucionalidade versa sobre direito tributário. Isso porque o ente público ao arrecadar um determinado tributo provavelmente já o utilizou, em tese, a favor de toda a população.

A Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro⁷⁵, ao contestar as ações que objetivam o ressarcimento dos tributos arrecadados de forma inconstitucional, argumenta de maneira pragmática. Diz que (i) não há como devolver os valores recolhidos há por longo tempo, (ii) a fazenda pública também agiu de boa-fé, (iii) a simples ordem de devolução dos tributos violaria a segurança jurídica, (iv) haveria um enriquecimento sem causa dos contribuintes já que gozaram dos investimentos e serviços públicos e agora receberiam tais quantias.

Parece ser este o pensar de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, pois já afirmou que:

Piénsese, por outro lado, em la resolución que declare inconstitucional la ley creadora de un impuesto que ya haya sido cobrado a lo largo de años, y en el descabro que representaría para el Fisco la obligación de restituir lãs cuantías pagadas a los contribuyentes⁷⁶.

De maneira contrária, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS⁷⁷ assevera que a irresponsabilidade impositiva faz com que exações inconstitucionais, mesmo após o reconhecimento desses vícios por decisão definitiva da Suprema Corte, tenham seus inconstitucionais efeitos perpetrados, em benefício do Estado. Ou seja, o ente público que violou o Texto Magno fica autorizado a ficar com o produto da arrecadação ilegítima, em função da problemática da eficácia *ex nunc*. Compara a situação do Estado com a de um assaltante que pode ficar com a *res* furtiva mesmo após a condenação, mas estaria proibido de praticar o mesmo ilícito, após a condenação.

⁷⁵ Ver contestação ao processo nº 2005.001.119800-8, em trâmite na 12ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, esboçada por mim na época em que era estagiário da Procuradoria Geral do Município (de janeiro a maio de 2007) e ratificada pelo Procurador do Município JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE.

⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. Ob cit, p.174.

⁷⁷ MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA; MENDES, GILMAR FERREIRA. Ob cit, p.308.

O constitucionalista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO adota a mesma orientação doutrinária ao defender que

[é] contra a índole do direito admitir que um ato nulo somente possa deixar de produzir efeitos ‘a partir do (...) trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado’. Conclusão óbvia, a violação da Constituição pode ser ‘direito’ positivo, mesmo depois de reconhecida, (...), pelo Supremo Tribunal Federal. E mais. A decisão pode ‘restringir’ os seus efeitos. Isto significa, por exemplo, que ela poderá considerar válido atos inconstitucionais, ou dispensar o Estado de devolver o que percebeu em razão de tributo inconstitucionalmente estabelecido e cobrado. Onde resultará a inutilidade do controle. Não é mais rígida a Constituição brasileira⁷⁸.

3.4.1 Decisão declaratória de inconstitucionalidade e a coisa julgada

Sabendo-se que a autoridade da coisa julgada cria para o juiz um vínculo consistente na impossibilidade de se emitir novo pronunciamento sobre matéria já decidida e equacionada. Essa restrição do poder do magistrado, às vezes, só prevalece no mesmo processo em que se proferiu a decisão (coisa julgada formal) e em outros casos em qualquer processo (coisa julgada material). Desse modo, haverá ofensa à coisa julgada ainda que o novo pronunciamento do juiz seja conforme com o primeiro⁷⁹.

Sobre a questão da “relativização” da coisa julgada em função da declaração de inconstitucionalidade de norma em que se baseou a decisão judicial, ultimamente, tem sido publicado estudos doutrinários, bem como decisões do Superior Tribunal de Justiça⁸⁰, lideradas por JOSÉ DELGADO, sobre esse tópico.

Autores, como CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁸¹, admitem rever a decisão já transitada em julgada ao defenderem, em síntese, que a relativização da coisa julgada é um valor

⁷⁸ FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade*, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, ed. Renovar, 2000, nº 220, p.11.

⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 14ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p.128, volume V.

⁸⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. FASE EXECUTÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. ERRO DA SENTENÇA QUANDO DA DETERMINAÇÃO DO MARCO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. COISA JULGADA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO. (REsp 554.402/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.09.2004, DJ 01.02.2005 p. 410) Em consulta ao sítio www.stj.jus.br feita em 16 de junho de 2008.

⁸¹ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Relativizar a coisa julgada material*, São Paulo: Revista de Processo, nº 109, ano28, janeiro-março de 2003, ed. Revista dos Tribunais, p.31.

inerente à ordem constitucional, em função do convívio de outros valores de igual ou maior grandeza e a necessidade de harmonizá-los.

Entretanto, parece-me que está com a razão outra parte da melhor doutrina que não admite, via de regra, revisar a coisa julgada em função da decisão que declara uma norma inconstitucional. É o que se passará a ver.

Seguindo-se a corrente objetivista do processo civil, capiteneada por nomes de extraordinária relevância para o direito processual como CHIOVENDA, CARNELUTTI E CALAMANDREI, a finalidade do processo não é apenas tutelar o direito subjetivo das partes, mas sim o de fazer atuar o direito objetivo ao caso concreto, o que assegura, em última análise, a paz social⁸².

Assim, tendo como premissa que a finalidade do processo é a paz social e a estabilidade das relações jurídicas, um abalo sobre ela, reaviando casos e situações jurídicas já consolidadas, romperia com o objetivo do processo civil.

Importa observar que a segurança jurídica, apesar de parecer um conceito vago, é uma garantia fundamental constitucional (art. 5º, *caput*, e inc. XXXVI, da Constituição), sendo um mínimo de previsibilidade necessária para que o Estado de Direito ofereça às pessoas quais são as normas a serem observadas pela sociedade, vertente relevante para que se trave relações jurídicas válidas e eficazes⁸³.

Importante estudo foi trazido pelo douto JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁸⁴, em que se expõe que

A garantia da coisa julgada articula-se coma do devido processo legal (art.5º, nº LIV)... não só a privação da liberdade ou dos bens que se subordina ao devido processo legal, mas toda e qualquer ingerência da atividade judicial na esfera das pessoas. A ingerência será legítima na medida em que prevista em lei, e realizada pelos meios e sob as condições que ela estatui; fora daí será ilegítima. Se o Poder Judiciário já interveio uma vez, não lhe é dado voltar a interferir senão quando a lei a tanto o autorize, e de maneira legalmente prescrita. As pessoas são postas a salvo de ingerências arbitrárias – e é arbitrária toda ingerência não contemplada no ordenamento positivo, inclusive a reiteração fora dos quadros nele fixados.

⁸² AMARAL SANTOS, MOACYR. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 21ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2004, vol. I, p.22

⁸³ GRECO, LEONARDO. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*, in: FREDIE DIDIER JR.. (Org.). *Relativização da coisa julgada Enfoque Crítico*. 2 ed, Salvador: JusPodivm, 2008, v. , p. 251-262.

⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*, São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, nº 22, janeiro de 2005, págs. 99/100.

Com isso, fazendo-se velar o devido processo legal, só se tem admitido a revisão da coisa julgada por meio da ação rescisória, que só é admitida pelo prazo decadencial de dois anos após o trânsito em julgado.

Nesse sentido, o Catedrático MOACYR AMARAL SANTOS, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante, deixou assente que

Embora a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade tornasse se efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional, a nulidade da decisão somente poderia ser declarada por via de ação rescisória.⁸⁵

A coisa julgada consiste em importante limite à eficácia *ex tunc* da decisão que declara uma norma inconstitucional. Exceto as normas de natureza penais, pois a revisão criminal pode ocorrer em qualquer tempo para beneficiar o réu (art. 5º, inc. XL, da CF). A partir do trânsito em julgado, a sentença, que é lei entre as partes, adquire vida própria, não sendo atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata, então, ainda que os efeitos sejam *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicate* da sentença, que a tenha aplicado⁸⁶.

Sobre o tema, GILMAR MENDES apregoa que o sistema brasileiro admite expressamente que fica ressalvada a coisa julgada à doutrina da retroatividade, pois a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão⁸⁷.

No entanto, como qualquer direito, a coisa julgada não deve ter um caráter absoluto. Entendo que para se desfazer a coisa julgada, baseada em norma inconstitucional, quando já ultrapassado o prazo para ajuizamento da rescisória, há de usar a técnica de ponderação de interesses⁸⁸. A favor da manutenção da coisa julgada estariam os princípios constitucionais da segurança jurídica e o devido processo legal, que são dois direitos e garantias fundamentais e que, portanto, devem ser observados. Acredito, assim, que só se possa começar a falar sobre a desconstituição da coisa julgada, caso haja dois ou mais direitos ou garantias constitucionais

⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em Mandado de Segurança nº 17.976. Relator Ministro MOACYR AMARAL SANTOS. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, nº 105. págs. 111/113.

⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS, *Temas de Direito Processual*, Nona Série, São Paulo: ed.. Saraiva, 2007, p. 253.

⁸⁷ MENDES, GILMAR FERREIRA. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: ed. Saraiva, 1990, p.280.

⁸⁸ “O vocábulo ponderação (...) significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalanceadas bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2006, p. 26.

que possam se sobrepor sobre a segurança jurídica e o devido processo legal, o que é extremamente difícil.

4 SISTEMA DIFUSO DE CONTROLE DE (IN)CONSTITUCIONIDADE

Seguindo a orientação norte-americana, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade consagra o controle de constitucionalidade pela via incidental em qualquer processo judicial.

Pelo controle difuso, a alegação de inconstitucionalidade não é a demanda principal, mas sim questão prejudicial. O juízo de inconstitucionalidade é suscitado incidentalmente por ser de grande valia para o deslinde da causa, já que, desse modo, se saberá se a lei será aplicada ou não ao caso concreto.

Assim, o autor de uma ação ao ajuizá-la pode, para ver consagrado o seu direito pleiteado, argüir como fundamento do seu pedido a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. O magistrado tem o poder-dever de analisar essa alegação, fazendo isso exercerá o controle de constitucionalidade no caso concreto.

Note-se que a parte, embora discuta a constitucionalidade de uma lei, não é esse o seu objetivo final. O que se pretende com essa *causa de pedir* é que se torne premissa lógica e inafastável para o pedido formulado. No dizer de CELSO RIBEIRO BASTOS: “o objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas uma relação jurídica que, envolvendo aplicação de uma lei cuja validade é contestada em face da Constituição”⁸⁹.

Não só o autor pode fundar suas pretensões tendo por base a (in)constitucionalidade de uma norma, mas também o réu e terceiros intervenientes no processo. O membro do Ministério Público, ainda que a sua manifestação não seja obrigatória, tem o poder-dever de opinar sobre a (in)constitucionalidade, ainda que não seja alegada por nenhuma das partes, já que incumbe ao *parquet* o defesa da ordem jurídica (art.127, *caput*, da Constituição)⁹⁰.

Ainda que nenhuma das partes não tenha questionado a constitucionalidade de uma norma, não ocorre nesses casos o fenômeno da preclusão. Isso porque se trata de *quaestio iuris*, de tal modo, que é completamente possível que só se suscite a questão de constitucionalidade em grau superior de jurisdição, e em qualquer etapa do processo.

No que se refere ao órgão julgador, pode haver o controle incidental de constitucionalidade tanto perante os juízes de primeiro grau e quanto perante os tribunais. Neste último caso, somente através do órgão especial ou do tribunal pleno (art. 97, da CF).

⁸⁹ BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Curso de direito constitucional*, 12ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 1990, p.68.

⁹⁰ VELOSO, ZENO. Ob. Cit. p.43.

4.1 Poder inerente aos órgãos do Poder Judiciário

Embora no passado possa ter havido dúvida quanto a possibilidade de todos os órgãos do Poder Judiciário poderem verificar sobre a aplicação de uma norma em que se discuta a sua constitucionalidade, hodiernamente, não mais subsiste tal questionamento. Não é lógico que o magistrado, que irá julgar uma situação concreta, não possa estabelecer premissas para que se chegue a melhor decisão. E é claro que a questão sobre a constitucionalidade de uma norma deve ser uma premissa inarredável para o caso concreto.

Esse raciocínio prevalece desde o início da República, como se vê no ensinamento RUY BARBOSA⁹¹

Assim, entre um ato legislativo ilegítimo de nascença e a Constituição, cuja legitimidade nenhuma lei pode contestar, entre o ato nulo e o ato supremo da soberania nacional, o juiz para executar o segundo, nega execução ao primeiro.

Não seria condizente com o sistema jurídico brasileiro que um juiz pudesse se manter inerte diante de um caso de inconstitucionalidade, quanto mais aplicar a norma eivada de tal vício. Esse poder é conferido a qualquer magistrado, pois o controle difuso ocorre quando esses órgãos do Poder Judiciário têm o poder e o dever funcional de deixar de aplicar um ato normativo incompatível com a Lei Maior⁹².

Não se tem dúvida a respeito da grande relevância sobre a constitucionalidade da lei, sendo matéria de ordem pública, portanto, sanável *ex officio*, independentemente de instância, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, pois “segundo a jurisprudência da Corte, que a matéria seja de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias”⁹³.

É de se notar que esse poder dos órgãos judiciais é uma das diferenças entre o controle concentrado e o abstrato de constitucionalidade. Quando atua no controle em tese de constitucionalidade, seja pela ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de

⁹¹ BARBOSA, RUY. *Comentários à Constituição Federal brasileira*, coligidos e ordenados por HOMERO PIRES, 1933, vol. I, p.19

⁹² VELLOSO, CARLOS MÁRIO DA SILVA. *Temas de direito público*, Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1997, p.152.

⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-ED 219703 / SP - SÃO PAULO Embargos de declaração no recurso extraordinário Relator Ministro. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 26/09/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 20-10-2006. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não pode atuar *ex officio*, dependendo sempre da provocação de um dos legitimados para a propositura das mencionadas ações. No entanto, em se tratando de controle pela via incidental atua, na grande maioria das vezes, como instância recursal, sobretudo o recurso extraordinário (art.102, inc. III, da CF), ainda que nenhum outro órgão judicial tenha se manifestada, por ser a cúpula do Judiciário precisa decidir sobre questão da constitucionalidade, já que é o guardião da Constituição (art. 102, *caput*, da CF).

4.2 Reserva de Plenário – Art. 97 da Constituição

O juiz singular ao apreciar e decidir alguma questão que envolve a constitucionalidade de um ato normativo age de acordo com a sua convicção (como não poderia deixar de ser), e sua decisão tem força imediata, o que não demanda maiores procedimentos.

Todavia, quando um magistrado não for um juiz de primeira instância e sim um membro de algum Tribunal, ao apreciar sobre a validade de uma norma, não poderá agir de acordo com o seu livre convencimento. Esse magistrado sozinho, seja ele desembargador ou ministro, por fazer parte de um Tribunal, não é competente para verificar a compatibilidade de uma lei (em sentido *lato sensu*) com a Carta Magma. Isso porque a Constituição tem comando expresso em dizer que “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”, grafado no art. 97.

Essa regra, de se exigir maioria absoluta dos votos para que haja a declaração de inconstitucionalidade, foi introduzida no texto constitucional de 1934 (art. 179) e reeditada nas demais Constituições (CF de 1937, art. 96; CF de 1946, art.200; CF de 1967/1969, art.116; CF de 1988, art. 97).

Tal dispositivo foi denominado pela doutrina como sendo reserva de plenário, já que as câmaras, turmas ou seções não podem declarar uma norma inconstitucional, mas somente o Pleno do Tribunal ou o Órgão Especial tem competência para essa função, sob pena de nulidade absoluta da decisão. Nesse sentido é pacífica a orientação do Supremo Tribunal Federal:

Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que — embora sem

o explicitar — afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição." (RE 432.597-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgamento em 14-12-04, DJ de 18-2-05). No mesmo sentido RE 379.573-AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgamento em 6-12-05, DJ de 10-2-06. AI 521.797-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgamento em 5-9-06, DJ de 29-9-06.

Convém dizer que só há reserva de plenário em caso de inconstitucionalidade da norma. Outros casos, destarte, não estão vinculados ao pronunciamento do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal. Então, caso uma parte ao alegue a inconstitucionalidade de determinado ato normativo e a câmara rejeite tal pleito não há de se falar em reserva de plenário, vez que neste caso decidiu-se pela constitucionalidade, e não pela invalidade da norma. O mesmo raciocínio se aplica às normas anteriores, quando incompatíveis com a Constituição, pois nestas hipóteses não há inconstitucionalidade, e sim revogação.

O pronunciamento do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal nos casos de declaração de inconstitucionalidade incidental significa que a maioria votou de tal forma e não apenas que houve a participação da maioria de seus membros.

No entanto, o direito positivo excepciona duas hipóteses em que se dispensa o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal. Estão previstas no Código de Processo Civil, no parágrafo único, do art. 481, que tem a seguinte redação, dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998: "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão."

Com isso, a câmara, seção ou turma não têm a obrigatoriedade de, antes de julgar a causa, saber a manifestação do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, porque já houve outrora, em atendimento ao celeridade e à economia processual. Por uma questão de segurança jurídica e de hierarquia, caso o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal diferir da do outro tribunal, é simples concluir que prevalecerá a decisão daquele órgão de cúpula.

Entretanto, algumas questões sobre essa dispensa de novo pronunciamento do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial não passaram despercebidas pela doutrina pátria. De acordo com BARBOSA MOREIRA⁹⁴ só a decisão tomada em controle abstrato de constitucionalidade será motivo para impedir um novo pronunciamento, adotando uma interpretação restritiva, já que, segundo ele, o plenário do Supremo Tribunal Federal e a

⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 14ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p.44, volume V.

maioria absoluta de seus membros são entidades distintas, e o texto constitucional não atribuiu ao primeiro o poder de suprir a falta de pronunciamento da segunda.

Restringindo o alcance do parágrafo único do art. 481, do Código de Processo Civil, LENIO STRECK⁹⁵ leciona que

(...) a imposição da exceção prevista no parágrafo único do art. 481 só adquire significado nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a questão constitucional em sede de controle difuso, *já tenha remetido a decisão para o Senado* (porque só então estará consolidada a posição do STF), e o Senado ainda não tenha promulgado a resolução suspensiva da execução da lei. Fora de tal hipótese, é temerária (e inconstitucional) a dispensa de suscitação do incidente de inconstitucionalidade pelos tribunais da República, porque decorrência, nestes casos, de decisão do Supremo Tribunal *que não cumpriu o disposto no art.52, X, da CF.*

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento que torna dispensável um novel comunicado ao Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, nos casos declaração incidental quando já possuir sua decisão, por dar efetividade ao princípio da economia processual e, por consequência, à celeridade processual. Confira-se:

INCONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTE - DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO - DESNECESSIDADE. Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da Republica - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito esta na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo.⁹⁶

4.3 Eficácia da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto

É cediço que no direito brasileiro, como no direito norte-americano, a declaração incidental de inconstitucionalidade implica na nulidade do ato; desse modo, a relação jurídica fundada nele fulmina o ato eivado de vício desde o seu nascimento. Diante disso, caso haja

⁹⁵ STRECK, LENIO. Ob. Cit.

⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR 168.149 / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator Min. MARCO AURÉLIO julgamento: 26/06/1995 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA DJ 04-08-1995, págs. 220. Em consulta ao sitio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

algum desdobramento sobre aquela relação jurídica subjetiva, os ‘direitos’ daí oriundos serão também nulos.

Diferentemente da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado de constitucionalidade, que tem efeito *erga omnes* e efeito vinculante, a declaração no caso concreto, via de regra, tem efeitos e eficácia somente para as partes que estejam envolvidas naquela lide específica. Sendo assim, as partes podem suscitar em outros processos, ainda que os litigantes sejam os mesmos, novamente o incidente de inconstitucionalidade.

Portanto, as decisões tomadas nos casos concretos têm, ordinariamente, as suas forças vinculantes limitadas às partes envolvidas em um litígio particular. Importa dizer que se tiver havido o pronunciamento Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, em que o desembargador ou ministro tenha suscitado o incidente de declaração de inconstitucionalidade, aquela deliberação terá de ser observada, incorporando-se ao julgamento do recurso e integrando o acórdão. Com isso, além de vincular as partes, o mesmo ocorre com o órgão julgador – as turmas, câmaras ou seções – de um determinado Tribunal.

Por se tratar de *causa de pedir* e não sendo *pedido*, a manifestação do órgão do Poder Judiciário sobre a (in)constitucionalidade não há de se falar em *auctoritas rei iudicatae*. Isso porque a declaração incidental de inconstitucionalidade produz eficácia intraprocessual, sem força de coisa julgada, pois, como se sabe, por expressa previsão legal, a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo não faz coisa julgada, de acordo com o art. 469, inc. III, do CPC. A coisa julgada incide apenas sobre o dispositivo propriamente narrado na sentença e não sobre os seus motivos ou sobre questões prejudiciais.

No entanto, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁹⁷ observa que há uma única hipótese em que a solução da questão prejudicial torna-se inidônea para adquirir a autoridade de coisa julgada: quando for objeto de ação declaratória incidente (arts. 5º e 470). Contudo, ainda segundo o referido autor, apenas se admite para a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica (art.5º), jamais para a da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo.

O órgão do Poder Judiciário, seja ele qual for, ao julgar incidentalmente a inconstitucionalidade de alguma norma desfaz-se, desde seu nascedouro, o ato declarado inconstitucional e também as conseqüências dele, já que são nulos e destituídos de eficácia

⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *O novo processo civil brasileiro*, 25ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 2007, p.183.

jurídica. Essa declaração, portanto, tem efeitos *ex tunc*, mas somente para as partes e naquele processo especificamente⁹⁸.

4.4 Mito da eficácia *inter partes*

A decisão do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, em um caso determinado, tem força vinculante de precedente para os órgãos fracionários daquele tribunal, caso se questione o mesmo dispositivo já declarado inconstitucional. Entretanto, será que uma parte não teria o direito de ver os seus argumentos levados em consideração para que resolvesse melhor a sua lide? A jurisprudência dos tribunais superiores⁹⁹ tem negado esse tipo de postulação. Ou seja, pelo direito hoje aplicado, uma parte será atingida por uma decisão em um processo em que não teve a oportunidade de se manifestar. Fato este que pode perfeitamente ferir o direito do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição (art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes).

Com efeito, qualquer operador do direito já se deparou com jurisprudências de diversos tribunais servindo de fundamentação para a decisão ou para a argumentação de uma das partes em outro processo. É a chamada força de precedente. Essa sistemática parece ser positiva no momento em que motiva uma decisão com apoio em outra, especialmente quando for de tribunal de hierarquia superior, o que traduz certa efetivação ao princípio da isonomia.

Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰ ao declarar que a exigência do depósito como condicionante para que se possa recorrer no âmbito do processo administrativo tributário ofende o art. 5º, LV, da Constituição da República, sendo assim, incompatível com ela, em um único processo. Essa decisão deve ter eficácia somente entre aqueles litigantes? Em caso positivo, resultaria inexoravelmente, pelo direito posto, em duas conseqüências¹⁰¹.

⁹⁸ MORAES, ALEXANDRE DE. Ob. Cit. p. 614.

⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Mandado de Segurança nº 1.178-0. Relator Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. DJU de 09.10.1995. págs. 33.505. “Se o único fundamento da causa é a inconstitucionalidade de texto de lei, inexistindo matéria remanescente a ser decidida, é desnecessário que a Corte Especial devolva os autos ao órgão julgador que a suscitou, para complementar-lhe o julgamento, devendo, desde logo, decidir o feito, a fim de se evitar procrastinação incompatível, com os princípios que regem o processo moderno.” Em consulta ao sítio www.stj.jus.br feita em 16 de junho de 2008.

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR 398933 / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 02/04/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno e RE 388.359, Tribunal Pleno 28.03.07, Ministro MARCO AURÉLIO. Informativo/STF 461.

¹⁰¹ No Estado do Rio de Janeiro, a Procuradoria Geral do Estado orientou a Secretaria de Fazenda (órgão em que se tramita o processo administrativo tributário) para que não fizesse mais a exigência do depósito recursal

Uma hipótese seria a de coagir todos os demais contribuintes a pleitear perante o Poder Judiciário a obtenção de igual pronunciamento. Em sentido oposto, se os demais contribuintes não obtiverem o mesmo julgamento, por não terem ingressado com aquela solicitação no Poder Judiciário, haverá uma disparidade de tratamento, o que viola o princípio da igualdade. As duas devem ser reprimidas em um sistema jurídico lógico e sistemático.

Por isso é que diversas e importantes modificações foram criadas no nosso sistema, todas elas com a finalidade de ampliar a eficácia dessas decisões. Como aponta TEORI ALBINO ZAVASCKI¹⁰², as mais significativas foram (i) habilitar o Senado Federal a suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo STF; (ii) vincular os demais tribunais perante as decisões do STF; (iii) salientar a força de precedente das decisões do STF, ensejando assim, um julgamento mais simplificado dos recursos. Esses mecanismos é o que ele denomina de *eficácia reflexa e anexa* das decisões do Supremo Tribunal Federal. Reflexa porque irradia para além do caso julgado, com conseqüências, ainda que indiretas, em outras situações jurídicas e em relação às outras pessoas, que não vinculadas à relação processual originária. E anexa em função da eficácia automática da decisão da cúpula do Poder Judiciário que atua independentemente de provocação ou de manifestação da Corte a respeito dela.

A favor da força vinculante da decisão do Supremo tribunal Federal, CARLOS ALBERTO LUCIO BITTENCOURT aduz que

O juiz inferior não pode ter como constitucional, para aplicá-lo a um caso concreto, o ato legislativo que os tribunais superiores declararam inconstitucional em um outro processo. (...) Quando a decisão fôr do mais alto tribunal, sua obrigatoriedade é conclusiva em relação a todos os outros juízes e tribunais do país, de qualquer grau, sejam federais ou estaduais¹⁰³.

Entretanto, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA aponta que bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas e consagradas em grau superior significam, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência¹⁰⁴.

Já alertava MAURO CAPPELLETTI¹⁰⁵ que há sérios inconvenientes entre o método difuso de controle de constitucionalidade em ordenamentos denominados de *civil law*, isto é, os

previsto no art. 250, § 2º do Código Tributário Estadual (Decreto-Lei 05/75), em função do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão em um caso concreto.

¹⁰² ZAVASCKI, TEORI ALBINO. Ob.cit. págs. 30/31.

¹⁰³ BITENCOURT, C.A. LUCIO. Ob. cit. p.144.

¹⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *Temas de Direito Processual*, Nona Série, São Paulo: ed.Saraiva, 2007, p.311.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, MAURO. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, traduzido por AROLDI PLÍNIO GONÇALVES e revisado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, 2ª ed., Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris, 1992, p.76.

derivados de Roma, em que não existe o princípio, típico do sistema da *common law*, do *stare decisis*, podendo uma lei ser julgada inconstitucional por juízes de um determinado tribunal e ser julgada constitucional por outros tribunais, por outros juízes, formado verdadeiros “contrates de tendências”.

4.5 Função do Senado Federal no controle de constitucionalidade

Entre as várias divergências doutrinárias, poucas foram mais instigantes do que o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. (Não se pretende aqui esgotar todas elas).

Entre o sistema americano do julgamento *in casu*, e o sistema europeu do julgamento *in thesi*, o constituinte de 1934, sem abandonar aquele modelo, conferiu ao Senado a função de ser coordenador entre os poderes e a faculdade de, em face da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, vincular não apenas os ligantes com interesse em um processo, mas sim estender os seus efeitos, no que tange à inconstitucionalidade da norma mediante suspensão de lei¹⁰⁶.

Pela Constituição atual, compete ao Senado, conforme dispõe o art. 52, inc. X, “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

O Senado consultou o Supremo Tribunal Federal sobre a obrigatoriedade de este comunicar àquele a decisão tomada em ação direta de inconstitucionalidade – processo administrativo nº 4.477-72. Em brilhante parecer, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES explicou, em síntese, da seguinte maneira

(...) Sou dos que entende que a comunicação do Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade *incidente*, e não, quando decorrente de ação direta, caso em que se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se, referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há de falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *regula omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo (nulo com relação a todos)¹⁰⁷ (DJ de 16 de maio de 1977)

¹⁰⁶ BROSSARD, PAULO. *O Senado e as leis inconstitucionais*, Brasília: Revista de Informação Legislativa, nº 50, 1976, p.61.

¹⁰⁷ MENDES, GILMAR FERREIRA. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, São Paulo: ed. Saraiva, 2004, p.183.

Após essa manifestação, ficou consagrado que quando o Supremo declara um ato inconstitucional pela via de ação direta, não há razão nem necessidade de se comunicar ao Senado. Pela separação e harmonia entre os poderes, não pode um ato de um poder ficar submetido ao crivo de outro poder. Com isso, a partir de então, só em casos em que há declaração incidentalmente possui a possibilidade de manifestação de tal órgão Legislativo.

Primeiramente, me parece certa impropriedade do verbo “suspender”,¹⁰⁸ contido no mencionado art. 52 do texto constitucional, porque por esse vocábulo poder-se entender que o Senado tem a faculdade de rever a sua resolução, o que se mostra deveras incompatível com o ordenamento jurídico, em especial com o princípio da segurança jurídica. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já firmou que a resolução do Senado é imutável e irrevogável.¹⁰⁹ Criticando o mesmo verbo, o mestre LUCIO BITTENCOURT mostra que “Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução.”¹¹⁰

O ato do Senado, *in casu*, a resolução ao suspender uma lei tem natureza normativa, universaliza o status jurídico, ou seja, há um reconhecimento estatal de inconstitucionalidade. Com isso, faz valer para todos o que era limitado apenas às partes, generalizando os efeitos que outrora atingira somente determinados particulares.

Embora haja posição diversa, ficou consagrada na jurisprudência e na doutrina que a suspensão do Senado constitui ato político, e a sua elaboração atende aos comandos de conveniência e oportunidade, que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos¹¹¹. Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade não fere de morte a norma, uma vez que ela é natimorta¹¹². É o que diferencia a norma declarada inconstitucional da norma revogada, vez que a esta incidu sobre o passado, ao passo que aquela suspensa pelo Senado, por ser inconstitucional, nunca incidu¹¹³.

¹⁰⁸ Pelo Superdicionário da língua portuguesa, da Editora O Globo, 54ª edição, um dos sentidos do verbo suspender é ‘interromper temporariamente’. É o que ocorre, por exemplo, com o processo civil nos casos previstos no art. 265, do CPC, pois, após o término da suspensão, o processo retoma o seu regular curso.

¹⁰⁹ Revista Trimestral de Jurisprudência números 38/5; 38;569; e 39/628.

¹¹⁰ BITTENCOURT, C. A. LUCIO. Ob cit. págs. 145/6.

¹¹¹ MENDES, GILMAR FERREIRA. *O controle de constitucionalidade. Aspectos políticos e jurídicos*, São Paulo: ed. Saraiva, 1990, p.214.

¹¹² VELOSO, ZENO. Ob cit. p.60.

¹¹³ ZAVASCKI, TEORI ALBINO. Ob. Cit. 33.

Nesse sentido o saudoso MOACYR AMARAL SANTOS preconizou que “a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional¹¹⁴”

Muito embora, o comando previsto no art. 52, inc. X, da Constituição, tenha se mantido em todos os textos constitucionais até a presente data, considerável parte da doutrina¹¹⁵ assevera que esse dispositivo não se coaduna com a Carta Magma de 1988. É o que se vê na passagem de GILMAR MENDES, que, pela eloquência, pede-se vênua para transcrever:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação do Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, *uma vez que se não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação*, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art.140,5 – *publicação a cargo do Chanceler Federal* – e a Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2) *publicação a cargo do Ministro da Justiça*). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. (destaques do original)

E continua dizendo que:

Esta solução resolve de forma superior uma das mais tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e de outro, a visão doutrina ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art.52, X, da Constituição de 1988.

Parece que o ordenamento brasileiro atual pretende, cada vez mais, fazer valer a força do precedente como direito positivo, em semelhança com o sistema dos países da *common*

¹¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em Mandado de Segurança nº 17.976. Ministro Relator MOACYR AMARAL SANTOS. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, ed. Renovar, nº 105. p.113.

¹¹⁵ Confira-se em CLÉMERSON MERLIN CLÉVE. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: ed. RT, 1995, p. 98 “Parece que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item [art.52, X, da CF]. ZENO VELOSO. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 3ª ed. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2004, p. 58. “Devemos convir, entretanto, que não há mais razão para manter em nosso Direito Constitucional legislado a norma contida no art.52, X, da Constituição Federal (...)”. LUÍS ROBERTO BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 3ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2008, págs. 119/120. “(...) essa competência [art.52, X, da CF] atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo.”

law. São exemplos dessa mudança de orientação a súmula vinculante¹¹⁶ (art. 103-A)¹¹⁷ e a exigência para que se demonstre a repercussão geral nos recursos extraordinários (art.102, §3º)¹¹⁸.

¹¹⁶ Embora reconhecendo que não é o lugar apropriado para essa discussão, vale a pena ler o que bem disse JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual*, Nona Série, São Paulo: ed. Saraiva, págs. 307/308: “Caricaturando um pouco (mas só um pouco), dia virá em que, a vingarem todas as propostas veiculadas [de sumular o direito] – e outras que decerto estarão por vir, sempre no mesmo rumo –, teremos a dificuldade em identificar *algum* caso em que *não* haja vinculação e se conceda a juízes e tribunais, por especial favor, a liberdade de julgar de acordo com a seu próprio convencimento...”

¹¹⁷ O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹¹⁸ No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

5 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONIDADE

No bojo da Emenda Constitucional nº 03, de 1993, previu-se a instituição de mais uma forma de se preservar a Constituição – a ação declaratória de constitucionalidade. Com ela, alguns legitimados poderiam ajuizar perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de ver declarada, não a inconstitucionalidade, mas a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal. Oportuno dizer que não foi dado, expressamente, o mesmo tratamento para os atos estaduais ou distritais.

Antes da Carta Política de 1988, era conferida somente ao Procurador-Geral da República a exclusividade de provocar o Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade. Diante disso, em tal época havia muita inquietação doutrinária sobre a obrigatoriedade ou não de aquele único legitimado ajuizar uma representação perante a Corte Suprema brasileira.

Não havia óbice para que Procurador-Geral da República propusesse uma representação, não desejando obter a declaração de inconstitucionalidade, mas sim com o fito de ver a norma declarada constitucional, o que fazia do Supremo uma espécie de órgão de consulta sobre a constitucionalidade dos atos dos demais poderes¹¹⁹.

Motivo que levou VICTOR NUNES LEAL, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, a afirmar que “em caso de representação com parecer contrário, o que se tem, na realidade, sendo privativa a iniciativa do Procurador-Geral, é uma representação de constitucionalidade”¹²⁰ e continuou ao dizer que “(...) como ato vinculado pela lei, de que é ele [Procurador-Geral da República] o fiscal mais categorizado, com plena liberdade, sem dúvida, de opinar no sentido da constitucionalidade ou inconstitucionalidade.”¹²¹

Essa independência do Procurador-Geral da República não só se manteve sob a égide da Carta Política de 1988, como se ampliou. Com isso, o “advogado da Constituição”, ainda que não estivesse convencido sobre a inconstitucionalidade de uma norma, poderia ajuizar uma ADIn, mas ao final rogar pela sua constitucionalidade, já que é vedada a desistência em ação de inconstitucionalidade.

¹¹⁹ “Houve inúmeras vezes em que o então titular único da ação declaratória de inconstitucionalidade propôs a ação com o objetivo de ver declarada a constitucionalidade do ato normativo, como quando encaminhava a representação (sua antiga denominação) com parecer contrário, *a priori*, à sua procedência.” PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade - conceitos, sistemas e efeitos*, 2ª ed., São Paulo: ed. RT, 2001, p. 252.

¹²⁰ LEAL, VICTOR NUNES. *Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado*, Rio de Janeiro: Revista de Direito Público, ed. Renovar, nº 53, 1980, p.33.

¹²¹ *Ibidem*. p.35.

5.1 Finalidade da ação declaratória de constitucionalidade

Com o intuito de acabar com essa situação, o então Dep. Fed. ROBERTO CAMPOS apresentou a proposta de Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que fora elaborada pelos juristas IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES. Ela continha além da sugestão de se instituir a ação declaratória de constitucionalidade, outros dispositivos que não foram acolhidos, como a supressão do art. 52, inc. X, da Constituição.

É sabido que qualquer ato de poder, em especial a lei, goza de presunção de legitimidade e de constitucionalidade. Porém, a proliferação de atos normativos emanados pelo poder público e a convivência do sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade trouxeram grandes competências para o Poder Judiciário. Fato este capaz de ocasionar muitas dúvidas sobre a validade e a aplicabilidade de alguma norma. Esse estranho mecanismo subverteu a ordem tradicional, a qual se presume a constitucionalidade dos atos oriundos do Poder Legislativo até que venha decisão judicial em sentido oposto¹²².

Desde a criação da ação declaratória de constitucionalidade, tem-se a possibilidade de levar, em havendo divergências, a questão sobre a constitucionalidade de um ato normativo para o Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhe um maior poder de guarda da Constituição. Agindo assim há a efetivação aos princípios processuais da economia e da celeridade, e, ainda, da supremacia do Texto Magno e da segurança jurídica¹²³.

Como é cediço, tem-se como regra que todos os órgãos do Poder Judiciário, até mesmo os fracionários como as câmaras, seções ou turmas dos Tribunais, têm independência funcional. Isto é, obedecidos aos requisitos legais, a sentença, a valoração das provas e os métodos de raciocínio, para se chegar a uma conclusão sobre a demanda, advêm do livre convencimento do magistrado, o que é salutar.

Contudo, não só pelo fato de o Brasil ter dimensões continentais, mas também por isso, a jurisprudência, dependendo da localidade, varia muito a sua orientação. Essa desarmonia, aliás, é um dos requisitos essenciais para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, conforme dispõe o art. 14, inc. III, da Lei 9.868/99¹²⁴.

¹²² VIEIRA, RENATO STANZIOLA. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*, Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2008, p. 162.

¹²³ CLÉVE, CLÉMERSON MERLIN. Ob. Cit. págs. 188/189.

¹²⁴ A petição inicial indicará: I – *omissis*; II – *omissis*; III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

A Constituição não previu, para a propositura da ação declaratória, essa discordância na interpretação dos Tribunais, sendo mais uma condição inovada pela Lei 9.868/99. O que me parece ser incompatível com a Constituição.

Mais uma vez, tomo a lição do brilhante VICTOR NUNES LEAL, que já previa essa situação, ao explicar que

Em princípio, conforme antigo ensinamento, é a Constituição que define a competência do STF. Entretanto, situações houve, como de futuro, provavelmente, haverá, em que o STF, interpretando harmonicamente o sistema constitucional e considerando a posição que nele ocupa, teve de declarar incluídas na sua competência hipóteses não previstas na Constituição¹²⁵.

Assim, a finalidade da ação declaratória de constitucionalidade é repudiar a incerteza jurídica, estabelecendo uma direção igualitária sobre a norma interpretada de modo diverso pelos órgãos do Poder Judiciário.

É o ficou assentado quando do julgamento da primeira ação direta de constitucionalidade, em questão de ordem, por NÉRI DA SILVEIRA:

O que se pretende, assim, com o novo instituto [ação direta de constitucionalidade] é tornar mais rápida a definição do Poder Judiciário, em abstrato, sobre a validade ou não da lei ou ato normativo federal, evitando-se, pois, se prolonguem, no tempo, com prejuízo à Justiça, as dúvidas quanto a constitucionalidade de norma, com autêntico tumulto aos juízos e tribunais que houverem de aplicá-la, pelo volume de demandas e divergências, em torno do mesmo tema¹²⁶.

5.2 Eficácia da decisão liminar na ação declaratória de constitucionalidade

O pedido em uma ação declaratória de constitucionalidade é o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, de uma presunção que lhe é inerente, qual seja, a sua compatibilidade frente aos ditames da Constituição. O que pode parecer ser um pouco anacrônico para o sistema jurídico brasileiro.

A Emenda Constitucional, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade, não previu expressamente no corpo do Texto Constitucional, a possibilidade de o Supremo

¹²⁵ LEAL, VICTOR NUNES. Ob.cit. p.35.

¹²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC-QO 1 / DF - QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Relator Ministro MOREIRA ALVES Julgamento 27/10/1993 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 16-06-1995. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

Tribunal Federal conceder medida liminar em seu julgamento sumário. Mas, como já observado, esse poder é intrínseco ao Poder Judiciário.

Desse modo também entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação declaratória de constitucionalidade nº 04, como se extrai do trecho do voto proferido pelo SYDNEY SANCHES:

Em ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim, é, mesmo sem expressar previsão constitucional da medida cautelar na ADC, pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar.¹²⁷

Essa desatenção foi sanada ao se elaborar a Lei 9.868/99, vez que em seu art. 21 há expressamente essa possibilidade: “O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”. Em crítica a esse dispositivo, LENIO STRECK assevera que “*Se o texto constitucional não previu a possibilidade de concessão de liminar, interpretação que exsurge facilmente a contrario sensu, não poderia o legislador ordinário ir além do texto.*”¹²⁸ (itálico do original)

Note-se que essa decisão, de caráter liminar, fica limitada a votação de dois terços dos Ministros do Supremo, igual quórum foi previsto para a concessão de liminar em caso de ação direta de inconstitucionalidade. É relevante observar que pela Lei 9.868/99 só há a previsão para a medida cautelar e não indeferi-la. O que demonstra uma igualdade indevida, já que em uma situação terá como efeito a decisão de inconstitucionalidade e na outra a de constitucionalidade, resultados bem díspares para a ordem jurídica.

Parece ser um contra-senso que se estabeleça um quórum para que o Supremo declare, sumariamente, que uma norma emanada do Poder Público seja constitucional. Pois tal atributo lhe é natural, com isso aquele preceito continua a produzir seus regulares efeitos.

O Supremo Tribunal Federal, nos casos de decisão liminar nas ações declaratória de constitucionalidade, tem atribuído efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário¹²⁹.

¹²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Trecho do voto do Relator Ministro SYDNEY SANCHES na ação declaratória de constitucionalidade. ADC nº4, proposta pela União Federal. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

¹²⁸ STRECK, LENIO. Ob. Cit. p. 757.

¹²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ementa da ação declaratória de constitucionalidade. ADC nº4/UF. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. (pendente de julgamento definitivo). Publicada em 13/02/1998.

No entanto, fazendo-se uma interpretação sistemática da própria Lei 9.868/99, tal consequência não me parece possível em ação declaratória de constitucionalidade, porque a referida lei apenas menciona que a medida cautelar será dotada de eficácia contra todos, tomada em ação direta de *inconstitucionalidade* (art.14, §1º). Havendo uma omissão quanto a essa possibilidade em ação declaratória de constitucionalidade. Por outro fundamento, porém com a mesma conclusão, STRECK aduz que “parece evidente que, com isso, a concessão de cautelar está vedada, no mínimo, naquilo que diz respeito ao efeito vinculante”¹³⁰.

A consequência da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade está prevista na segunda parte do *caput*, do art. 21, da Lei 9.868/99. De acordo com esse comando o deferimento do pedido de medida cautelar consistirá na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Esse dispositivo merece a mesma crítica feita *infra* à suspensão dos processos, nos casos em que há concessão da liminar em ação direta de inconstitucionalidade. A recusa do magistrado em suspender o processo condicionado não acarreta nenhuma nulidade, vez que a suspensão visa a evitar decisões contraditórias, o que depende de um juízo de relevância¹³¹, pois, embora o ordenamento jurídico busque a coerência, esta não pode prejudicar o direito fundamental de acesso à justiça¹³².

Lamentavelmente, este não é o entendimento do atual Presidente do Supremo Tribunal Federal GILMAR FERREIRA MENDES, já que defende a obrigatoriedade de suspensão do processo e caso de liminar proferida em ação declaratória de constitucionalidade¹³³.

“O TRIBUNAL, POR MAIORIA, DEFERIU, EM PARTE, O PEDIDO CAUTELAR, PARA SUSPENDER, C/EFICACIA *EX NUNC* E COM EFEITO VINCULANTE, ATÉ FINAL JULGAMENTO DA AÇÃO, A PROLAÇÃO DE QUALQUER DECISÃO SOBRE PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, QUE TENHA POR PRESSUPOSTO A CONSTITUIÇÃO OU A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.494, DE 10/9/97, SUSTANDO, AINDA, COM A MESMA EFICÁCIA, OS EFEITOS FUTUROS DESSAS DECISÕES ANTECIPATÓRIAS DE TUTELA JÁ PROFERIDAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, VENCIDOS, EM PARTE, O MIN. NÉRI DA SILVEIRA, QUE DEFERIA A MEDIDA CAUTELAR EM MENOR EXTENSÃO, E, INTEGRALMENTE, OS MINS. ILMAR GALVÃO E MARCO AURÉLIO, QUE A INDEFERIAM. VOTOU O PRESIDENTE.” Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

¹³⁰ STRECK, Lenio. Ob. Cit. p. 757.

¹³¹ GRECO, LEONARDO. *A suspensão do processo*, São Paulo: Revista de Processo, nº 80, ano 20, 1995, p. 99.

¹³² Idem.

¹³³ “No caso, todavia, parece que tal possibilidade [a de o juiz decidir de maneira diferente quando uma das partes avenge fundamentos novos] inexistente na lei, que regulou o próprio efeito vinculante mencionado na Constituição, razão pela qual entendo que não pode o magistrado se pronunciar, devendo manter o processo suspenso até o julgamento final. Caso contrário, poderá sofrer processo disciplinar perante a Corregedoria Judicial.” MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. Cit. p.393.

Instigante ordem é a contida no parágrafo único, do art. 21, da Lei 9.868/99, que tem a seguinte redação: “concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia”.

Logo, em atendimento a essa regra, caso o Supremo Tribunal Federal não efetue o julgamento definitivo da ação declaratória no prazo de cento e oitenta dias, (prazo bem exíguo devido a abundância de processos que lá tramitam) a liminar concedida perderá a sua eficácia. Então, quer dizer que se Corte Suprema brasileira concede uma liminar em que indica que a norma em debate é constitucional, sua eficácia irá perecer caso não haja o julgamento definitivo no prazo mencionado; o que é uma total confusão para o sistema positivo brasileiro. Depois de findo esse prazo a norma não é mais constitucional?

Esses dispositivos esvaziam de sobremaneira a obrigatoriedade de suspensão dos processos condicionados à medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, bem como a sua eficácia vinculante e *erga omnes*. Convém ainda dizer que não há previsão legal para a que se renove a medida cautelar.

5.3 Eficácia da decisão final na ação declaratória de constitucionalidade

Em consonância com o texto constitucional: “As decisões definitivas de mérito (*sic*), 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)

Escrita semelhante tem o parágrafo único, do art. 28, da Lei 9.868/99: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Em sua concepção clássica, a sentença na ação declaratória vale como preceito, ou seja, tem efeito normativo, tornando certa uma situação jurídica¹³⁴. Esse pronunciamento judicial tem efeito *ex tunc*.

A sentença na ação declaratória de constitucionalidade, em caso de procedência, não deixa dúvida quanto à sua força. Nestes casos, há apenas a ratificação de sua constitucionalidade, tendo, via de regra, eficácia vinculante e *erga omnes*, como a decisão definitiva na ação direta de inconstitucionalidade.

Se o Supremo Tribunal Federal declarar a constitucionalidade de uma determinada lei, os demais órgãos do poder judiciário ficam obrigados a seguir essa orientação, em função da hierarquia daquele¹³⁵.

Há convenção em dizer que as decisões tomadas nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações diretas de inconstitucionalidade têm natureza dúplice. Assim sendo, a procedência da ação direta de inconstitucionalidade opera declaração de nulidade da norma inconstitucional, ao passo que a procedência na ação declaratória de constitucionalidade importa no reconhecimento da constitucionalidade do preceito normativo e a sua improcedência na declaração de inconstitucionalidade.

Como já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no voto do ilustre MOREIRA ALVES ao esclarecer que

sendo uma ação que visa diretamente à obtenção da declaração de que o ato normativo seu objeto é constitucional, é ela cabível exatamente para esse fim, embora, se julgada improcedente, essa decisão de improcedência implique a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo em causa.¹³⁶

A natureza dúplice das ações de controle concentrado evidencia que suas decisões são, ao mesmo tempo, instrumento para afirmação do direito, quando declara a constitucionalidade de suas normas, e de “autopurificação” do direito, quando declara a sua inconstitucionalidade¹³⁷.

Como já observado, no entanto, se o Supremo Tribunal Federal nas ações direta de inconstitucionalidade não declara a invalidade, essa decisão não gera nenhum efeito vinculante, sendo cabível uma novel ação. Essa é uma diferença fundamental entre as ações

¹³⁴ AMARAL SANTOS, MOACYR. Ob. Cit. p.178.

¹³⁵ MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA; MENDES, GILMAR FERREIRA. Ob. Cit. p.536.

¹³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Trecho do voto proferido na ADC nº 1 / UF - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Relator Ministro MOREIRA ALVES Julgamento 27/10/1993. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 16-06-1995. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

¹³⁷ ZAVASCKI, TEORI ALBINO. Ob. Cit. 47/48.

diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade, vez que aquelas fazem coisa julgada material e estas têm força meramente de coisa julgada formal¹³⁸.

De tal jeito, já explicou o mestre português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

Se uma decisão de não declaração de inconstitucionalidade tivesse força de julgado, significaria isso que se estava a consagrar, entre nós, a regra do *stare decisis* ou da vinculação a precedentes judiciais, regra esta estranha ao nosso direito e só é admissível quando estabelecida através de processos constitucionalmente reconhecidos¹³⁹.

Caso o Supremo Tribunal Federal julgar procedente uma ação declaratória de constitucionalidade, declarará que a lei impugnada é válida. Tal julgamento deve, de ordinário, ser aplicado pelos demais Tribunais. Todavia, esse pronunciamento perderá sua higidez se sobrevir uma emenda constitucional, que seja incompatível com aquela lei. O que é lógico, pois quando se apreciou a constitucionalidade da norma obteve-se como bloco de constitucionalidade a Carta Política à época vigente.

Já no julgamento da primeira ação declaratória de constitucionalidade se fixou esse posicionamento na nossa Corte Suprema, como se verifica na passagem do voto do Ministro CARLOS VELLOSO

Alterando-se a constituição substancial, a esta há de se ajustar-se a constituição formal. Daí porque interpreto a norma inscrita na Emenda Constitucional nº 03, de 1993, que estabelece a eficácia *erga omnes* para a decisão que resolve em definitivo a ação declaratória de constitucionalidade, *cum grano salis*. Quer dizer, a declaração de constitucionalidade da lei não impede, a meu ver, diante da alteração das circunstâncias fáticas ou de realidade normativa, a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. penso que esta é uma posição que a Corte constitucional deve assentar. É que, como foi dito: hoje, a lei pode ser constitucional, amanhã, não.¹⁴⁰

¹³⁸ STRECK, LENIO. Ob. Cit. p. 778.

¹³⁹ CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra: ed. Almedina, 2001, págs. 993/994.

¹⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Trecho do voto proferido na ADC-QO nº 1 / UF – QUESTÃO DE ORDEM - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Relator Ministro MOREIRA ALVES Julgamento 27/10/1993 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 16-06-1995. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

6 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Constituição brasileira atual inseriu diferentes e novos aspectos, em controle concentrado de constitucionalidade. Uma de suas inovações foi a instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103-A, § 2º, com a seguinte redação: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Essa novidade parece que foi “importada” da Constituição de Portugal, já que sua Carta tem semelhante dispositivo, pois segundo o art. 283: “1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

Há de se dizer que dentre as atribuições previstas para o Supremo Tribunal Federal no art. 102, da Constituição Federal, não se previu expressamente a competência para julgar ação direta por inconstitucionalidade por omissão¹⁴¹.

Por esse novo sistema, o poder constituinte derivado comete atos inconstitucionais tanto por uma ação quanto por uma omissão. O mesmo ocorre pelas normas infraconstitucionais, pois se infringe o ordenamento legal, cometendo ilegalidade, nos casos de ação ou omissão, como, por exemplo, de acordo com as leis substantivas civil (art. 186)¹⁴² e penal (art. 13)¹⁴³.

¹⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Trecho do voto do Ministro GILMAR MENDES na ADI 3.682, julgamento em 9-5-07, DJ de 6-9-07. “O art. 102 da Constituição, que contém o elenco das competências do Supremo Tribunal Federal, não contempla a ação direta por omissão, limitando-se a mencionar 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 (art. 102, I, a, com redação da Emenda Constitucional n. 3/93). No art. 103, caput, fixam-se os entes ou órgãos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Parece evidente que essa disposição refere-se à ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, prevista no art. 102, I, a, já mencionado.” Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

¹⁴² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁴³ Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Redação dada pela Lei

O texto constitucional exige dos órgãos de poder uma conduta positiva para se faça valer os preceitos nele estabelecidos. Desse modo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão objetiva dar eficácia às normas constitucionais que dependam de complementação, mas que não foram elaboradas em função da inércia do poder público¹⁴⁴.

Essa novata ação é decorrente de uma Constituição que pretende não só se estabilizar como norma jurídica, almeja ir além. Deseja orientar e impor os seus ditames para pessoas viessem a exercer cargo de poder.

A atual Constituição completa 20 (vinte) anos neste ano de 2008, contudo ainda existem alguns direitos que não podem ser usufruídos, de forma plena, pela população justamente porque o órgão que deveria emanar o ato normativo para regulamentar essa situação jurídica ficou-se inerte. Fato que pode limitar a força normativa do Texto Magno, o que é indesejável para um Estado Democrático de Direito.

Convém, não só em função da origem lusitana do instituto, mas pela sua indiscutível astúcia, citar a lição do mestre lusitano JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO sobre o tema. O distinto autor afirma que a inconstitucionalidade por omissão é um instituto que reflete as insuficiências resultantes na redução do Estado de direito democrático aos processos e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais, já que não se reconhece como sendo um direito subjetivo do cidadão a sua participação na atividade legislativa¹⁴⁵.

Há de se ter em mente que a ciência do direito tem a intrincada missão (talvez impossível) de prever, ou de pelo menos tentar, as situações jurídicas que poderão sobrevir, para que, com essa antevisão, possa equacionar os problemas delas advindos.

O poder constituído, dentre vários outros, tem o dever de emanar normas que sejam indispensáveis à efetivação dos direitos e garantias prescritos pela Constituição. Embora não se altere a letra constitucional, a omissão restringe sua aplicação, na medida em que paralisa a efetivação constitucional. Caso haja essa inércia, será inconstitucional¹⁴⁶.

Usualmente, o legislador não tem o dever de legislar, mas sim a faculdade, que em princípio deve ser exercido conforme a sua discricionariedade. Todavia, se a Lei Maior fixa ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora de direito constitucional sua atuação é

nº 7.209, de 11.7.1984).

¹⁴⁴ CARVALHO, KILDARE GONÇALVES. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, 13ª ed. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2007, p. 424.

¹⁴⁵ CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Ob. Cit. p. 920.

¹⁴⁶ FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, São Paulo: ed. Max Limonad, 1986, p.231.

vinculada, sob pena de essa abstenção se figurar como ilegítima, o que configura caso de inconstitucionalidade por omissão¹⁴⁷.

A inércia do poder constituído pode ser caracterizada desde o início da vigência da Constituição, ou de uma Emenda Constitucional, vez que a partir de tal momento está o legislador obrigado a emanar a norma.

6.1 Eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão

Consoante o art. 103-A, § 2º, da Constituição Federal, há duas hipóteses distintas ao se declarar a inconstitucionalidade por omissão para se efetivar a norma constitucional. Uma é dirigida ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, dando-lhe simples ciência. E pela outra hipótese, caso o órgão que deva emanar o ato seja administrativo, deverá fazê-lo em trinta dias.

Essa simples “ciência” em nada contribui para que se tenha efetividade na aplicação do preceito constitucional. Nem há previsão de qualquer sanção, caso o órgão administrativo não pratique o ato em trinta dias.

Seria tudo tão harmônico se fossem cumpridas as regras do mundo jurídico, e do cotidiano. Mas a realidade não é desse modo, infelizmente. Se assim fosse nem existiria a ciência do Direito, já que esta tem por escopo resolver impasses.

Sobre os efeitos da decisão que declara inconstitucional por omissão uma norma, desenvolveu tese bastante interessante JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁴⁸ ao dizer que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto a esse reconhecimento, porém não é meramente declaratória, porque dela advém um efeito ulterior de natureza mandamental no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao cumprimento da omissão. Esse sentido mandamental é mais acentuado em relação ao órgão administrativo. Mas ele existe também no tocante à ciência ao Poder Legislativo. Não se deve limitar a *mera ciência* sem que haja conseqüências.

Se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em nova omissão, essa será ainda mais grave que a primeira. Mas se o órgão em mora não fizer nada, o

¹⁴⁷ BARROSO, LUÍS ROBERTO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 8ª ed., Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2006, p.158.

¹⁴⁸ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., São Paulo: ed. Malheiros, 1999, págs. 57/58.

Supremo não poderá impor sua força, pois, em princípio, não há meios para fazer valer a decisão judicial, isto é, para que o legislador edite a norma. Por tal razão, o referido constitucionalista defende que o pronunciamento judicial deva ser normativo, apesar de reconhecer que o legislador constituinte não previu dessa forma.

A quase totalidade da doutrina nacional¹⁴⁹ sustenta que, por se tratar de processo objetivo, a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão proferida pelo Supremo Tribunal Federal terá eficácia *erga omnes*. Contudo, *data maxima venia*, acredito que ser pouco esdrúxulo esse posicionamento. Isso porque ao se reconhecer que um órgão deveria providir o ato administrativo, mas assim não o fez, qual a consequência para os demais órgãos ou até mesmo para as demais pessoas? No meu humilde, entender não há de ser nenhuma.

Por exemplo, se o Supremo Tribunal deu provimento a uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que afirma que o Senado Federal está em mora em deliberar sobre determinado tema. E, por conseguinte, cientificou o presidente de tal órgão legislativo. Qual será a eficácia desse pronunciamento para a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro? Por óbvio que este órgão legislativo local não pode sofrer com daquela decisão.

Assim, a eficácia da decisão se restringirá ao órgão ou poder que deveria ter proferido o ato que regulamentaria o conteúdo constitucional. Parece que essa é também a orientação do digno OCTAVIO CAMPOS FISCHER ao lecionar que

No que se refere à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, do efeito *erga omnes* não derivam maiores complicações, porque, partindo-se do princípio de que em tal ação a decisão terá por consequência apenas uma

¹⁴⁹ Ver OSWALDO LUIZ PALU. *Controle de Constitucionalidade – conceitos, sistemas e efeitos*, 2ª ed., São Paulo: ed. RT, 2001, p.287. “A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao contrário, tem eficácia *erga omnes*.” CLÉMERSON MERLIN CLÉVE. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: ed. RT, 1995, p. 235. “A decisão de mérito [na ação direta de inconstitucionalidade por omissão] do Supremo Tribunal Federal, com o trânsito em julgado, produz efeito *erga omnes*.” ZENO VELOSO. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 3ª ed., Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003, p.254. “É, igualmente, um processo objetivo [referido-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão], que não conhece ‘partes’. A eficácia da decisão, do mesmo modo, é *erga omnes*.” LUÍS ROBERTO BARROSO. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 3ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2008, p.258. “Do ângulo subjetivo, os efeitos[da ação direta de inconstitucionalidade por omissão] se produzem em relação a todos e com caráter vinculante.” PAULO HAMILTON SIQUEIRA JR. *Direito processual constitucional de acordo com a Reforma do Judiciário*, São Paulo: ed. Saraiva, 2006, p.248. “(...) na medida em que a declaração de inconstitucionalidade por omissão é realizada em tese, seus efeitos são *erga omnes* (...)” ALEXANDRE DE MORAES. *Direito Constitucional*, 16ª ed., São Paulo: ed. Atlas, 2004, p. 656. “(...) fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*.” KILDARE GONÇALVES DE CARVALHO. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, 13ª ed. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2007, p. 425 “Na ação de inconstitucionalidade por omissão aplicam-se as regras da ação direta de inconstitucionalidade, (...), sendo *erga omnes* a eficácia da decisão.”

comunicação de existência de omissão, dizer que isso vale contra todos e nada tem a mesma importância¹⁵⁰.

No mesmo sentido se manifesta o jurista JOSÉ AFONSO DA SILVA ao afirmar que “Não se trata de verificar inconstitucionalidade em tese, mas *in concreto*, ou seja, a de que não se produziu uma medida (lei, decreto etc.) concretamente requerida pela norma constitucional. Não se cogitará, portanto, de efeito *erga omnes*, mas determinação diretamente a um Poder.”¹⁵¹

6.2 Separação dos poderes como limitação de atuação do Poder Judiciário

A separação dos poderes e a falta de densidade normativa da própria Constituição são os grandes limitadores para que o Supremo possa efetivar sua decisão que assinala a inconstitucionalidade por omissão do poder constituído.

Isso porque, por expressa disposição da Constituição da República Federativa do Brasil, inserido no Título Dos Princípios Fundamentais, “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Destarte, como os poderes são autônomos não se tem admitido a interferência do Supremo Tribunal Federal sobre os órgãos legislativos. Nem mesmo se possibilita a criação, pelo órgão judicial, de um comando que possa efetivar o bom emprego do texto constitucional.

É o que se pode ver no julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵², do qual se extrai a seguinte ementa:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total,

¹⁵⁰ FISCHER, OCTAVIO CAMPOS. Ob. Cit. p. 176

¹⁵¹ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Ob. Cit. p. 135.

¹⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 1458/DF - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento 23/05/1996. Tribunal Pleno. Publicação DJ 20-09-1996. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...)

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. (...)

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.

Reconhecendo ser correta a decisão supra, pelo direito positivo, porém, há de se saber se deveria ser assim¹⁵³. Creio que não. Deve-se dar máxima eficácia às decisões do Poder Judiciário, sem que se retire a independência de nenhum poder, com o intento de dar normatividade aos postulados constitucionais.

Sobre a interpretação e a criação do direito pelo Poder Judiciário o eminente INOCÊNCIO MÁRTINS COELHO advoga que

(...) tendo em vista a historicidade e a estrutura do texto constitucional – essencialmente conformado por *princípios jurídicos abertos e indeterminados*, que só adquirem efetividade com a mediação dos seus aplicadores –, parece ser lícito concluir que, ou se confere liberdade ao interprete para *concretizar* aqueles princípios, ou se renuncia à pretensão de *vivenciar* a Constituição¹⁵⁴.

Acredito que há meios para que se possa repelir a inércia do poder legislativo. CLÊMERTON MERLIN CLÈVE¹⁵⁵ traz interessante solução, a qual adiro. O referido autor recomenda que, após a não manifestação das casas legislativas, a proposição deverá ser

¹⁵³ “A Constituição não figura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas” HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p.15.

¹⁵⁴ COELHO, INOCÊNCIO MÁRTINS. *Interpretação constitucional*, Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 69.

¹⁵⁵ CLÈVE, CLÊMERTON MERLIN. Ob. Cit. p. 201

incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação. Assim, dar-se-ia eficácia à decisão do poder judiciário e em nada ofenderia a dignidade do legislador. É o ocorre com as medidas provisórias (Art. 57. § 8º)¹⁵⁶ e com os projetos urgência encaminhados por iniciativa do Presidente da República (Art. 64. § 1º)¹⁵⁷. Para tanto, melhor seria se essa regulação ocorresse por uma inovação legislativa, no caso uma emenda constitucional.

Ademais, a lei não é a única fonte do direito. Caso haja um vazio normativo e a parte pleiteie determinado bem da vida, o magistrado deverá julgar. Como ordena o CPC em seu art. 126: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

¹⁵⁶ Art. 57. § 8º. Havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação

¹⁵⁷ Art. 64. § 1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

7 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)

A Lei Maior brasileira de 1988 inovou ao constituir um novo instrumento para o controle de constitucionalidade: a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Houve muita expectativa com essa novidade, pois, em princípio, seria um meio para que os cidadãos pudessem postular diretamente perante o órgão máximo do Poder Judiciário.

Esse novel instituto está previsto na Constituição em seu art. 102, § 1º, com a seguinte redação “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93).

Durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, a ADPF não estava presente no anteprojeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos, mas o então deputado federal e constituinte ERALDO MELO TINOCO apresentou emenda, sendo aprovada, que se inseria tal meio dentre a competência do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁸.

Muito provavelmente a argüição de descumprimento de preceito fundamental teve inspiração no direito comparado, em especial a Alemanha e a Espanha. Nesses países há a possibilidade de se chegar à Corte Suprema diretamente, desde que se atenda aos seus requisitos.

A Lei Fundamental de Bonn institui a “queixa constitucional” ou o “recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) conforme o art. 93, alínea 1, § 4º, *a* e *b*. Por essa via, qualquer pessoa poderá provocar o Tribunal Constitucional quando um dos seus direitos fundamentais ou o seu direito de resistência estiver ameaçado. No entanto, esse recurso só é admitido quando o interessado esgotar as demais vias judiciais.

De modo semelhante, a Constituição da Espanha de 1978 também tem disposição análoga, ao tratar do “recurso de amparo” nos seus arts. 161, 1, *b*, e 162, 1, *b*. Apesar da denominação de *recurso*, é um processo substancial e independente. A sua finalidade é proteger os direitos fundamentais e as liberdades públicas reconhecidas pela Constituição, quais sejam, o princípio da igualdade, o direito à vida, a integridade física e moral, à liberdade religiosa, ideológica e de culto, à liberdade e à segurança. Pode ser ajuizado por qualquer

¹⁵⁸ BERNARDES, JULIANO TAVEIRA. Ob. Cit. págs. 92/93.

pessoa, desde que se exaurem todos os outros meios, além de outros critérios exigidos pelo Tribunal Constitucional¹⁵⁹.

Muito embora a argüição de descumprimento de preceito fundamental estivesse prevista desde a Constituição original de 1988, sua regulamentação só aconteceu em 1999, com a aprovação do Projeto de Lei nº 17, de 1999 (nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados), resultando na promulgação da Lei 9.882/99. Esta fora elaborada por uma comissão formada por renomados juristas: GILMAR FERREIRA MENDES, ARNOLDO WALD, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E OSCAR DIAS CORRÊA, presidida por CELSO BASTOS RIBEIRO. Antes de 1999, o Supremo Tribunal Federal rejeitava o ajuizamento da ADPF por ausência de regramento legislativo¹⁶⁰.

Apesar da esperança com a regulamentação do instituto, houve uma verdadeira decepção com o veto do então Presidente da República FERNANDO HENRIQUE CARDOSO ao inc. II do art. 2º, da Lei 9.882/99¹⁶¹. Esse dispositivo concedia legitimidade a qualquer pessoa

¹⁵⁹ VELOSO, ZENO. Ob. Cit. págs. 297/298.

¹⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DECRETO ESTADUAL DE INTERVENÇÃO EM MUNICÍPIO. Arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil. 1. O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: "a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o S.T.F. não pode apreciá-la. 3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, "caput"). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei. 4. Também não compete ao S.T.F. elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da C.F.). 5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5º, inc. LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, "sub judice", no feito, essa questão. 6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". É que não se trata de lei existente e omissa, mas, sim, de lei inexistente. 7. Igualmente não se aplica à hipótese a 2a. parte do art. 126 do Código de Processo Civil, ao determinar ao Juiz que, não havendo normas legais, recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, para resolver lide "inter partes". Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a argüição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o S.T.F., exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito". 8. De resto, para se insurgir contra o Decreto estadual de intervenção no Município, tem este os meios próprios de impugnação, que, naturalmente, não podem ser sugeridos pelo S.T.F. 9. Agravo improvido. Votação unânime. (Pet-AgR 1.140 / TO AG.REG.NA PETIÇÃO Relator Min. SYDNEY SANCHES Julgamento 02/05/1996 TRIBUNAL PLENO Publicação DJ 31-05-1996 PP-18803). Em consulta ao sitio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

¹⁶¹ Razões do veto para o inc. II, do art. 2º: "A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo

lesada ou ameaçada por ato do Poder Público para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Com isso, houve uma mutilação do instituto, pois a sua essência era, justamente, a de conferir aos cidadãos a possibilidade de acesso direto ao Supremo Tribunal Federal, mantendo-se a legitimidade para os autores da ação direta de inconstitucionalidade. (art.2º, inc. I). Fato que esvaziou a finalidade, o que vem causando dúvidas na sua aplicação.

7.1 Algumas hipóteses de cabimento

Segundo a Lei 9.882/99, a ADPF é um instrumento constitucional que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art.1º, *caput*). Não obstante a clareza extrínseca do dispositivo, não há qualquer ato normativo que esclareça o que é preceito fundamental¹⁶².

No entanto, na doutrina há um razoável consenso quanto à sua abrangência, ou seja, os valores que são imutáveis pela Constituição, mas isso não significa uma listagem exaustiva. Segundo o digno LUIZ FABIÃO GUASQUE¹⁶³, o descumprimento de preceito fundamental é decorrente das cláusulas pétreas, isto é, os atos administrativos que atendem contra a forma federativa do estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Nesse mesmo pensar CELSO RIBEIRO BASTOS e ALEXIS GALIÁS DE SOUZA VARGAS¹⁶⁴ afirmam que preceitos fundamentais são: a soberania, a

Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.”

¹⁶² Segundo o dicionário Aurélio, preceito é [Do lat. *praeceptu*.] Substantivo masculino. 1.Regra de proceder; norma. 2.Ensino,doutrina. 3.Ordem,determinação,prescrição.

¹⁶³ GUASQUE, LUIZ FABIÃO. *O controle de inconstitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro: ed. Freitas Bastos, 2004, p.136.

¹⁶⁴ BASTOS, CELSO RIBEIRO & VARGAS, ALEXIS GALIÁS DE SOUZA. *A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Advocatária*, Revista Jurídica Virtual, Brasília: vol. 1, n. 8, janeiro 2000. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm. Acessado em 05 de junho de

cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

Apesar de só ser possível em casos de descumprimento de preceito fundamental, essa argüição tem uma abrangência maior se comparada à ação direta de inconstitucionalidade, porque o seu objeto é mais amplo. Visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, sendo cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Desse modo, incluem-se os decretos que regulamentam uma lei¹⁶⁵, os atos administrativos, atos jurisdicionais; tanto antes de 05 de outubro de 1988, como depois desta data, o que alarga de sobremaneira o objeto da ADPF – hipóteses não abrangidas pela ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – pode ocorrer, como ficou consagrado na doutrina¹⁶⁶, incidentalmente ou autonomamente (em abstrato). No entanto, com o veto presidencial ao inc. II, do art. 2º, da Lei 9.882/99, a possibilidade de argüição de descumprimento preceito fundamental via incidental perdeu sua razão de existir, pois na grande maioria dos casos o litigante não tem legitimidade para se amparar por tal via. Em caso de haver legitimidade, não seria processualmente interessante que se propusesse a ADPF incidentalmente, já que poderia optar pela ADPF autonomamente, que tem requisitos menos rígidos, e, assim, suspenderia todos os processos que envolvesse aquele ato normativo questionado, no caso de concessão de liminar (art. 5º, §3º, da Lei 9.882/99).¹⁶⁷

Não obstante, a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº 2231) em que questiona toda a Lei 9.882/99. Sobre o art. 1º,

2008.

¹⁶⁵ Diferente desse entendimento GILMAR FERREIRA MENDES (*Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: ed. Saraiva, 2007, p.219) sustenta ser cabível ajuizamento de ADIn sobre atos regulamentares ao dizer que “(...) a ilegalidade de um regulamento equivale a uma inconstitucionalidade, porque a legalidade das normas secundárias expressa princípio do Direito Constitucional objetivo (Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – CF, art.5º, II)”

¹⁶⁶ BERNARDES, JULIANO TAVEIRA. Ob.cit. p. 98: “(...) então é possível extrair, respectivamente dois tipos de argüição: a ADPF **autônoma** e a ADPF **incidental**”. (destaque do original). LUÍS ROBERTO BARROSO. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2008, p.263: “A doutrina, (...) tem extraído da lei n.9.882/99 a existência de dois tipos de argüição de descumprimento de preceito fundamental : a) a argüição autônoma e b) a argüição incidental.”

¹⁶⁷ “A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”

parágrafo único, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em julgamento ainda não definitivo, que

O Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da arguição autônoma de caráter abstrato, a arguição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo ("Parágrafo único - Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;"). Conseqüentemente, o Min. Néri também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto ("A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.").¹⁶⁸

Outra característica da ADPF é a sua subsidiariedade, *i.e.*, o seu ajuizamento somente é possível caso não haja outro meio *eficaz* para sanar a lesividade, por expressa circunscrição legal – art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99¹⁶⁹. Desta forma, não basta que exista outro meio para sanar a lesividade, mas esse outro meio, se houver, deve ser eficaz. Como exemplo, é o caso de não ser cabível ADIn por se tratar de direito pré-constitucional¹⁷⁰. No entanto, esse caráter parece que não se coaduna com o art. 102, § 1º, da Constituição, pois ele autorizou a lei ordinária para dar *forma* e não *limitar* o alcance do instituto.

A doutrina vem tentando saber quais são os limites dessa subsidiariedade, previsto na Lei 9.882/99. GILMAR FERREIRA MENDES sustenta que é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, para ele a

¹⁶⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI/2231 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA DECISÃO PUBLICADA no D.J. e no D.O.U e Informativo/STF nº 253 de 03 a 07 de dezembro de 2001.

¹⁶⁹ “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

¹⁷⁰ “(...) não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz*, Revista Jurídica Virtual, Brasília: vol. 2, n. 13, junho/2000. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/argui-des.htm. Acessado em 05 de junho de 2008.

multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, muitas vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.¹⁷¹ Já os professores LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS defendem que

(...) a ADPF não é uma ação abstrata *subsidiária*, no sentido de que seria cabível *sempre* que a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade não o fossem. (...) a *subsidiariedade* significa apenas que *não* caberá ADPF se outro meio idôneo capaz de sanar a lesividade estiver disponível, não podendo ser extraída da regra da subsidiariedade a conclusão de que seria possível o ajuizamento de ADPF sempre que não coubesse ADIn ou ADC.¹⁷²

Desse modo, o importante para afastar a ADPF não é apenas que exista outro meio legal de atacar o ato lesivo, é preciso que esse outro meio seja eficaz, como, aliás, está expresso no § 1º do art. 4º, da Lei 9.882/99.

7.2 Eficácia da decisão final na arguição de descumprimento de preceito fundamental

Segundo o art. 10º, da Lei 9.882/99, após o julgamento da ADPF far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Essa decisão terá efeitos *erga omnes* e vinculante para todos os demais órgãos do Poder Público (§ 3º, do art. 10º).

Portanto, como se vê, não há distinção entre órgãos legislativos ou não. Em obediência à lei, as decisões nas arguições de descumprimento de preceito fundamental também atingirão os órgãos legislativos, o que não ocorre nas ações direta de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. Não é esse o entendimento do culto GUSTAVO BINENBOJM¹⁷³ ao dizer que “o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental alcança os mesmos efeitos de uma decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade”. E assim. Parece ser a interpretação mais acertada. Não se pode engessar o poder legislativo, só por esse equívoco da lei, mas é claro

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² BARCELLOS, ANA PAULA DE; BARROSO, LUÍS ROBERTO. *Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental*, Rio de Janeiro: Revista de Direito de Estado, ed. Renovar, ano 1. n° 1 janeiro – março de 2006, p. 51.

¹⁷³ BINENBOJM, GUSTAVO. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2º ed., Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2004, págs. 212/213

que se o Supremo Tribunal Federal declarar determinado ato incompatível da Constituição, os representantes do povo deverão obedecer, isto é, não poderá aplicar aquele ato, mas não está impedido de elaborar outro de outra maneira.

Embora a Lei 9.882/99 seja clara ao impor que a decisão terá efeitos *erga omnes* e efeito vinculante, há de saber se lei ordinária teria esse poder de dizer quais as decisões do Supremo Tribunal Federal têm ou não efeito vinculante. Pela teoria constitucional clássica, a lei ordinária pode dar efeito *erga omnes*, mas não pode dar efeito vinculante, só a Constituição é que pode conferir este efeito. Há efeito normativo da decisão judicial, embora o § 1º do art. 102, que prevê a ADPF, tenha diferido à lei ordinária a sua regulamentação, ela não poderia instituir o efeito vinculante. Nesse aspecto me parece que a lei é inconstitucional, porque viola a repartição de poderes, *ato normativo* emanado pelo Judiciário só nos casos expressos na Constituição.

O doutrinador LENIO STRECK defende que o parágrafo terceiro do art. 10º é inconstitucional, porque o legislador federal transformaria o órgão máximo do Poder Judiciário em legislador, ao conceder efeito *erga omnes* e eficácia vinculante à sua decisão, o que congelaria para o futuro o sentido de terminado preceito fundamental¹⁷⁴.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que é constitucional a lei ordinária que atribui efeito vinculante às suas sentenças

Quanto ao art. 10, caput, e § 3º o Min. Néri da Silveira, relator, proferiu voto no sentido de indeferir a liminar, por entender que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais, especialmente porque a CF remete expressamente à lei a disciplina da ADPF (CF, art. 102, § 1º).¹⁷⁵

O art. 11, da Lei 9.882/99¹⁷⁶, tem assemelhada redação com o art. 27, da Lei 9.868/99, vez que ambos dispõem sobre a eficácia temporal da decisão do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, as mesmas observações de lá podem ser transpostas para o art. 11, da Lei 9.882/99.

¹⁷⁴ STRECK, LENIO. Ob.cit. p. 826.

¹⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Trecho da ementa da Ação Direta de inconstitucionalidade nº 2231. Julgamento em 5-12-01, DJ de 17-12-01 Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

¹⁷⁶ 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.

Contudo, há um agravante no caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental. Como visto, uma das principais hipóteses de cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental é questionamento sobre o direito pré-constitucional. Pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal as normas que forem materialmente incompatíveis com a Constituição, antes de sua vigência, foram revogadas por ela¹⁷⁷. Porém, a questão, a saber, é: quais as normas que estão incompatíveis com a Constituição. Nessas hipóteses, é cabível a ADPF, e o seu pedido é a declaração de revogação de determinado ato normativo. É o que ocorreu com a ADPF nº 130, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em que se impugnavam vários artigos da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67).

Portanto, caso o Supremo Tribunal Federal mantenha o seu entendimento de que as normas incompatíveis com a Lei Maior foram revogadas a partir da entrada em vigor da Constituição e aplique a modulação temporal nas questões de direito pré-constitucional, estará fazendo valer uma norma que é considerada revogada, o que é uma enorme contradição do sistema jurídico. Modulação que também foi considerada, até o momento, compatível com ordenamento pátrio pela Corte Suprema brasileira¹⁷⁸.

Se o ato impugnado for anterior a Constituição, sendo procedente a argüição de descumprimento de preceito fundamental, terá o reconhecimento de que a houve a revogação pelo texto constitucional. Caso o ato impugnado seja posterior a vigência da Lei Maior, haverá a sustação do ato eivado de inconstitucionalidade.

¹⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. ADI 2 - DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator Ministro PAULO BROSSARD Julgamento 06/02/1992 Tribunal Pleno Publicação DJ 21-11-1997 PP-60585. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

¹⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “No tocante ao art. 11, o Min. NÉRI DA SILVEIRA votou pelo indeferimento da medida cautelar por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões.” ADI 2.231-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-12-01, DJ de 17-12-01. Em consulta ao sítio www.stf.gov.br feita em 16 de junho de 2008.

8 CONCLUSÃO

A presente monografia procurou analisar algumas questões sobre a eficácia da declaração de (in)constitucionalidade no direito brasileiro. A jurisdição constitucional tem como objetivo preservar os mandamentos contidos na Lei Maior. Desde a Constituição de 1934, o sistema político-jurídico brasileiro vem tentando aperfeiçoar os meios e os instrumentos processuais para que se consiga repudiar os atos normativos que forem incompatíveis com a Carta Magma.

A doutrina e a jurisprudência devem lutar para que se faça da Constituição letra impositiva, com efetividade, pois é nela em que se baseia o Estado Democrático de Direito brasileiro. Isso porque o Estado, pela teoria tradicional, é um ente dotado de personalidade jurídica formado por três elementos: povo, território e soberania. Assim, caso haja a violação à Constituição, estar-se-á atingindo não só um texto escrito, mas sim toda a população

A tradicional ação direta de inconstitucionalidade contém diversos problemas procedimentais e substanciais que precisam ser equacionados, como é o caso do seu art. 27. Talvez isso seja consequência de ser uma lei ordinária; e que, por isso, deve se harmonizar com os demais institutos das demais leis de igual hierarquia, em especial, o Código de Processo Civil – que regula, ainda que subsidiariamente, os ritos de natureza não penal.

Não se deve enxergar, de forma simples, o Tribunal Constitucional como sendo contramajoritário porque declara uma lei inconstitucional. Deve-se creditar a esse órgão o mérito e a responsabilidade de ser o guardião maior da Constituição, já que, agindo assim, preserva a cidadania. É certo que se deve buscar a satisfação da vontade das majorias, mas, para isso, não se pode aniquilar o direito das minorias. Talvez seja essa uma das razões de existir o controle de constitucionalidade, pois a Constituição é feita para todos, sem restrição.

Sabendo-se que o processo, no sentido *lato sensu*, é um conjunto de atos concatenados em busca de seu fim; no sistema de fiscalização de constitucionalidade por um Tribunal Constitucional não é diferente. Este corresponde a um autêntico processo constitucional, com regras e princípios próprios; e, por isso, costuma-se denominá-lo de direito processual constitucional, que é acrescido do direito processual civil, do direito processual penal e do direito processual administrativo.

Desse modo, o *processo constitucional* constitui espécie do gênero *processo*, o que significa que devem ser aplicados os princípios básicos deste àquele. Com a ressalva de que

naquela espécie de processo o bem jurídico a ser protegido é a Constituição, que é a parte central, o tronco, da grande árvore que é o Direito.

A jurisdição constitucional almeja efetivar os postulados e a decisão do Supremo Tribunal Federal deve trazer consigo eficácia capaz de tornar real a Constituição, para tanto é preciso afastar alguns dizeres que levam ao subjetivismo, como ordem pública e excepcional interesse público, se contrapostos a redação mais clara e objetiva do texto constitucional.

Embora reconheça que o presente trabalho não precise ser inovador. E não se pretende isso. Mas, talvez, se possa “importar” alguns institutos franceses, sem que se desfaça do nosso sistema.

Seria salutar, principalmente à segurança jurídica, que houvesse um sistema de constitucionalidade prévio mais efetivo, isto é, antes da vigência da norma. Como se sabe essa verificação de constitucionalidade antecedente já ocorre nas Casas Legislativas, de modo particular pelas Comissões de Constituição, e pelo Presidente da República que pode vetar, caso perceba que o projeto de lei é inconciliável com a Constituição (veto jurídico).

Pelo sistema francês, uma lei só pode ingressar no mundo jurídico se o Conselho de Estado a julgar constitucional. Caso haja a declaração de constitucionalidade de uma lei, impede que os juízes tenham o poder de declará-la inválida, tendo o dever de obedecer e aplicar a lei, se o caso exigir. O que limita o poder tanto dos legisladores tanto dos membros do Poder Judiciário, já que o Conselho de Estado não é composto de agentes políticos escolhidos pelos cidadãos.

Acredito que algo semelhante possa acontecer no sistema político-jurídico brasileiro. Poderia haver um órgão vinculado ao Poder Legislativo com competência de declarar *previamente* que determinado projeto de lei estaria acertado com a Constituição. Caso houvesse a declaração de incompatibilidade, voltaria para as Casas Legislativas que poderia fazer valer a vontade, mas desta vez com um *quorum* mais qualificado. Também não impede que o Judiciário mantenha o seu poder de averiguar a constitucionalidade dos atos normativos, tanto no caso concreto, como no abstrato.

É o ocorre, por exemplo, no julgamento das contas municipais, em que o Tribunal de Contas elabora um parecer e este só deixará de prevalecer por decisão de maioria de dois terços dos membros da Câmara Municipal, conforme art. 31, § 2º, da Constituição. O que não afeta a supremacia do poder republicano, pois se mantém a possibilidade de os representantes

do povo em analisar rever tal deliberação. Assim, evitaria casos como a modulação temporal, pois a lei teria uma carga de constitucionalidade maior.

Parece ser consenso é que a eficácia impositiva da Constituição deve ser exaltada. Se se pretende preservar a sua força normativa deve-se incorporar, após cuidadosa ponderação, parte de estrutura contrária, já que a realidade pode pôr termo à sua normatividade. Para tanto, faz-se necessário aprimorar os meios já existentes e tentar a criação de outros, com a finalidade de garantir a aplicação da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL SANTOS, MOACYR. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 23ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2004, vol. I.

AMARAL, FRANCISCO. *Direito Civil – Introdução*, 5ª ed., Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2004.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: ed. Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA. *A teoria das Constituições Rígidas*, 2ª ed., São Paulo: ed. José Buschatsky Editor, 1980.

BARBI, CELSO AGRÍCOLA. *Evolução do Contrôlo da Constitucionalidade das Leis no Brasil*, Rio de Janeiro: Revista de Direito Público, ed. Renovar, nº 04, 1968.

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *O novo processo civil brasileiro*, 25ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 2007.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, volume V.

_____. *Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, nº 22, janeiro de 2005.

_____. *Temas de direito processual*, Oitava Série, São Paulo: ed. Saraiva, 2004.

_____. *Temas de Direito Processual*, Nona Série, São Paulo: ed. Saraiva, 2007.

BARBOSA, RUY. *Comentários à Constituição Federal brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1933, vol. I.

BARCELLOS, ANA PAULA DE.; BARROSO, LUÍS ROBERTO. *Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidades da argüição de descumprimento de preceito fundamental*, Rio de Janeiro: Revista de Direito de Estado, ed. Renovar, ano 1, nº 1 janeiro – março, 2006.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 3ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2008.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 8ª ed., Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2006.

BASTOS, CELSO RIBEIRO; VARGAS, ALEXIS GALIÁS DE SOUZA. *A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Avocatória*, Revista Jurídica Virtual, Brasília: vol. 1, n. 8, janeiro 2000. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm. Acessado em 05 de junho de 2008.

BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1995, volume IV, tomo III.

_____. *Curso de direito constitucional*, 12ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 1990.

BERNARDES, JULIANO TAVEIRA. *Controle Abstrato de Constitucionalidade – Elementos materiais e princípios processuais*, São Paulo: ed. Saraiva, 2004.

BINENBOJM, GUSTAVO. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2º ed., Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2004.

BITTENCOURT, C. A. LUCIO. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, atualizado por JOSÉ DE AGUIAR DIAS. 2ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 1968.

BROSSARD, PAULO. *O Senado e as leis inconstitucionais*, Brasília: Revista de Informação Legislativa, nº 50, 1986.

BUZAID, ALFREDO. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: ed. Saraiva, 1958.

CALAMANDREI, PIERO. *La illegitimitá costituzionale delle leggi nel processo civile*. Opere Giuridiche. A cura de Mauro Capeletti. Napoli: Morano, 1968, vol. III.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra: ed. Almedina, 2001.

_____. *Direito Constitucional*, 5ª ed. Coimbra: ed. Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, MAURO. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves e revisado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, 2ª ed., Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, KILDARE GONÇALVES. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, 13ª ed., Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2007.

CLÉVE, CLÊMERTON MERLIN. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: ed. RT, 1995.

COELHO, INOCÊNCIO MÁRTINS. *Interpretação constitucional*, Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris, 1997.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Relativizar a coisa julgada material*, São Paulo: Revista de Processo, nº 109, ano 28, ed. Revista dos Tribunais, 2003.

FERRARI, REGINA MARIA MACEDO NERY. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5ª ed., São Paulo: ed. RT, 2004.

FERRAZ JR., TÉRCIO SAMPAIO. *A teoria da norma jurídica*. 4ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 2006.

FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, São Paulo: ed. Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, ed. Renovar, nº 220, 2000.

FISCHER, OCTAVIO CAMPOS. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*, Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2004.

GRECO, LEONARDO. *Teoria da Ação no Processo Civil*, São Paulo: ed. Dialética, 2003.

_____. *A suspensão do processo*, São Paulo: Revista de Processo, nº 80, ano 20, 1995.

_____. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. FREDIE DIDIER JR. (Org.). *Relativização da coisa julgada Enfoque Crítico*. 2 ed., Salvador: JusPodivm, 2008.

GUASQUE, LUIZ FABIÃO. *O controle de inconstitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro: ed. Freitas Bastos, 2004.

- HÄBERLE, PETER. *A jurisdição constitucional na fase atual de desenvolvimento do Estado Constitucional*, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, nº 244, ed. Atlas, 2007.
- HESSE, KONRAD. *A força normativa da constituição*, Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 2ª ed. São Paulo: ed. Martins Fontes, 2003.
- LEAL, VICTOR NUNES. *Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado*, Revista de Direito Público, nº 53, 1980.
- MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA; MENDES, GILMAR FERREIRA. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, 2ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: ed. Saraiva, 2007.
- MENDES, GILMAR FERREIRA. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 3ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2007.
- _____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Revista Jurídica Virtual, Brasília: vol. 2, n. 13, junho/2000. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/argui-des.htm. Acessado em 05 de junho de 2008.
- _____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: ed. Saraiva, 1990.
- _____. *Jurisdição Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1999.
- _____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, São Paulo: ed. Saraiva, 2004.
- MIRANDA, JORGE. *Manual de direito constitucional*, 3ª ed. tomo II, Coimbra: ed. Coimbra, 1991.
- MONIZ DE ARAGÃO, E.D. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004, vol. II.
- MORAES, ALEXANDRE DE. *Direito Constitucional*, 16ª ed., São Paulo: ed. Atlas, 2004.

PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2006.

PALU, OSWALDO LUIZ. *Controle de constitucionalidade - conceitos, sistemas e efeitos*, 2ª ed. São Paulo: ed. RT, 2001.

ROCHA, CESAR ASFOR. *A Luta pela Efetividade da Jurisdição*, São Paulo: ed. RT, 2007.

SILVA, FRANCISCO DE ASSIS. *História do Brasil*, São Paulo: ed. Moderna, 1999.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., São Paulo: ed. Malheiros, 1999.

STRECK, LENIO LUIZ. *Jurisdição constitucional e hermenêutica - uma nova crítica do direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004.

VELLOSO, CARLOS MÁRIO DA SILVA. *Supremo Tribunal Federal: do Império à República*, Revista Del Rey Jurídica, Belo Horizonte: ano 5, nº 12, 4º semestre de 2003.

_____. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1997.

VELOSO, ZENO. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 3ª ed., Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003.

VIEIRA, RENATO STANZIOLA. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*, Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2008.

ZAVASCKI, TEORI ALBINO. *A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, São Paulo: ed. RT, 2001.