

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANDERSON MATES PACHECO

**CONTROVÉRSIAS ACERCA DA COMPATIBILIDADE FORMAL E MATERIAL DA
REGULAMENTAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

CRICIÚMA-SC

2018

ANDERSON MATES PACHECO

**CONTROVÉRSIAS ACERCA DA COMPATIBILIDADE FORMAL E MATERIAL DA
REGULAMENTAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a. Ma. Débora Ferrazzo.

Criciúma
2018.

**CONTROVÉRSIAS ACERCA DA COMPATIBILIDADE FORMAL E MATERIAL DA
REGULAMENTAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 03 de julho 2018.

Orientadora Prof. Ma. Débora Ferrazzo.

Prof. Me. Mateus Di Palma Back

Prof. Me. Luiz Eduardo Lapolli Conti

Dedico este trabalho ao nosso Deus,
autor da minha vida e a minha família que
sempre me deu apoio e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que tem me dado saúde e a força necessária para continuar sempre em frente.

A meus pais que sempre me incentivaram e estiveram presentes nos momentos mais difíceis, por toda a preocupação e demonstração de afeto.

À minha amada esposa que é o meu porto seguro, pela paciência e exemplo de dedicação em tudo o que faz, pelo companheirismo e por ter embarcado comigo nos projetos mais desafiantes.

Ao meu filho que me fez conhecer o amor incondicional de um pai, que tem me inspirado a ser uma pessoa cada vez melhor, exemplo de alegria, carinho, amizade e amor ao próximo.

À minha orientadora, Professora Ma. Débora Ferrazzo, por toda a dedicação que tem demonstrado e por todos os ensinamentos na sala de aula, que me fizeram despertar um interesse ainda maior pela Constituição.

A todos os professores da graduação que contribuíram para o meu aprimoramento e me ajudaram a ser um cidadão mais ético e consciente da função do operador do direito na sociedade.

Aos amigos que fiz durante esta caminhada que me fizeram enfrentar as dificuldades com mais leveza.

A todos que de alguma forma são importantes na minha vida.

Muito obrigado!

“Somos todos anjos com uma asa só; e só podemos voar quando abraçados uns aos outros.”

LUCIANO DE CRESCENZO

RESUMO

O controle de constitucionalidade tem como finalidade assegurar a supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico impedindo a eficácia das leis incompatíveis com as normas constitucionais. Com a promulgação da Constituição de 1988, ampliou-se de forma significativa a legitimação para a propositura das ações do controle concentrado, fortalecendo e criando as condições para o desenvolvimento da via principal de controle de constitucionalidade no Brasil. Somente dez anos depois, as ações do controle concentrado de constitucionalidade foram definitivamente regulamentadas, através das Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999. Porém as referidas leis ainda são objeto de crítica por uma parte da doutrina, a qual aponta incompatibilidades com o texto constitucional. O objetivo do presente trabalho é averiguar a compatibilidade da regulamentação do controle concentrado de constitucionalidade com a Constituição, analisando as principais controvérsias apontadas pela doutrina. A importância social consiste na verificação da constitucionalidade de alguns dispositivos considerados inconstitucionais por alguns autores. A metodologia de pesquisa utilizada é a dedutiva e adota a análise documental legal com aporte teórico da doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: controle concentrado de constitucionalidade; regulamentação infraconstitucional do controle concentrado; controvérsias doutrinárias; modulação temporal dos efeitos da decisão.

ABSTRACT

The purpose of constitutional control is to ensure the supremacy of the Constitution over the entire legal system, preventing the effectiveness of norms incompatible with the larger Law. With the enactment of the 1988 Constitution, the legitimization of the actions of concentrated control was strengthened, strengthening and creating the conditions for the development of the main way of controlling constitutionality in Brazil. Only ten years later, the actions of the constitutionality control were definitively regulated, through Laws 9,868 and 9,882, both of 1999. However, these laws are still subject to criticism by a part of the doctrine, which points out incompatibilities with the constitutional text. The purpose of the present work is to investigate the compatibility of the regulation of the concentrated control of constitutionality with the Constitution, analyzing the main controversies pointed out by the doctrine. The social importance consists in the verification of the constitutionality of some devices considered unconstitutional by some authors. The research methodology used is the deductive and adopts the legal documentary analysis with the theoretical contribution of the doctrine.

KEY-WORDS: concentrated control of constitutionality - infraconstitutional regulation of concentrated control - regulatory controversies - temporal modulation of the effects of the decision

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS	12
1.1 ORIGENS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	14
1.2 O CONTROLE CONCENTRADO: EVOLUÇÃO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	16
1.3 AÇÕES DIRETAS NA CONSTITUIÇÃO: PRESSUPOSTOS E EFEITOS	20
2 A REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	25
2.1 AS AÇÕES DIRETAS DO CONTROLE CONCENTRADO REGULAMENTADAS PELAS LEIS 9.868/99 E 9.882/99	26
2.2 ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO ÀS AÇÕES DIRETAS	30
2.3. EFEITOS DA DECISÃO E A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO	32
3 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DAS AÇÕES DIRETAS	37
3.1 OBJEÇÕES À MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO	38
3.2 POSIÇÕES EM DEFESA DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA MODULAÇÃO	42
3.3 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA REGULAMENTAÇÃO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito e um mecanismo de correção de eventual desvio de conformidade de algum ato ou omissão do poder público em relação à Constituição.

O controle concentrado de constitucionalidade foi regulamentado pelas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, da qual a primeira disciplina a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade em consonância com o artigo 102, I, a, da Constituição Federal, e a segunda a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na forma do artigo 102, §1º, da Carta Magna.

Posteriormente, em 2009, a Lei 9.868/99 foi alterada para dispor também sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, nos termos do artigo 103, §2º.

O órgão competente para apreciar e julgar as ações do sistema de controle concentrado de constitucionalidade é o Supremo Tribunal Federal, considerado o guardião da Constituição.

Contudo, as referidas leis têm sido objeto de críticas por uma parte da doutrina, a qual afirma que estas contêm dispositivos inconstitucionais, especialmente no que se refere à prerrogativa do STF de limitar os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade e também ao disposto do artigo 10, caput e §3º da Lei 9.882/99, o qual autoriza o STF a determinar as condições e o modo de aplicação e interpretação do preceito fundamental por parte da Administração Pública, invadindo assim a competência do poder executivo, afrontando o princípio da divisão de poderes da república.

Neste sentido, a importância social do presente trabalho consiste na verificação do instituto da modulação dos efeitos das decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, pois, em que pese sua origem remeter ao interesse social ou à segurança jurídica, parte da doutrina tem se posicionado contra o seu uso abusivo por parte do Estado. Exemplo disso ocorre quando o poder legislativo edita uma lei para majorar um tributo já prevendo a sua declaração de inconstitucionalidade, pleiteando depois perante o STF para que os efeitos da

decisão de inconstitucionalidade se deem a partir do trânsito em julgado, pois assim não precisará devolver os valores arrecadados ilegalmente.

O objetivo da pesquisa consiste em verificar a compatibilidade da regulamentação infraconstitucional do controle concentrado de constitucionalidade com o a norma constitucional que deu origem a este sistema, tendo como principal base teórica localizada na teoria pura do direito de Kelsen, o qual afirma que uma norma hierarquicamente inferior deve encontrar seu fundamento de validade na norma superior, pois existindo alguma incompatibilidade, a norma deve ser considerada inválida na medida de sua inconformidade.

A metodologia de pesquisa adota a análise documental legal, a partir da Constituição e das normas infraconstitucionais que regulamentam o tema pesquisado – controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, inclusive com recurso a jurisprudências do STF, mas principalmente, busca aporte teórico de doutrinadores nacionais e estrangeiros, nos quais buscam-se elementos para analisar o tema específico, de modo que o método empregado é o dedutivo.

No primeiro capítulo, serão abordados os aspectos gerais do controle de constitucionalidade, discorrendo sobre as origens do constitucionalismo, as diferenças básicas dos sistemas de controle difuso e concentrado, a influência de Kelsen na concepção do controle concentrado, a evolução do controle concentrado nas constituições brasileiras e sua atual configuração.

Já no segundo, será estudada a regulamentação infraconstitucional do controle concentrado, mais precisamente as leis 9.868/99 e 9.882/99, as quais dispõem sobre as ações do controle abstrato; a jurisprudência do STF em relação às respectivas ações bem como os efeitos das decisões no controle abstrato.

No terceiro e último capítulo, adentrar-se-á no núcleo do trabalho, versando sobre as controvérsias existentes no meio doutrinário acerca das possíveis inconstitucionalidades de alguns artigos da regulamentação das ações diretas, como à modulação dos efeitos da decisão e também a possível usurpação de competência na decisão de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A conclusão apresenta uma breve síntese de todo o trabalho, demonstrando o estudo dos principais aspectos da regulamentação do controle concentrado de constitucionalidade e seus fundamentos, desde a origem do constitucionalismo e a evolução do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil até os mais recentes entendimentos da Suprema Corte a respeito das principais controvérsias

da regulamentação infraconstitucional deste controle. Foram analisados os principais argumentos favoráveis e contrários ao instituto da modulação dos efeitos e da possível incompatibilidade do alcance, eficácia e efeitos da decisão em sede de ADPF com a Constituição.

Para possibilitar uma análise mais completa do instituto da modulação dos efeitos da decisão, considerado a principal controvérsia existente na regulamentação do controle concentrado de constitucionalidade, foi de suma importância o estudo das teorias da nulidade e da anulabilidade da lei inconstitucional, pois representam os alicerces da aplicação dos efeitos retrospectivos e prospectivos da decisão que declara a inconstitucionalidade do ato normativo.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS

O constitucionalismo surgiu como um movimento político, jurídico e ideológico ante a necessidade de limitar o poder centralizado e absoluto do Estado, concebendo a ideia de estruturação racional do Estado, concretizada através da criação de um documento escrito designado para representar sua lei fundamental e suprema. Sua origem advém da Constituição americana de 1787 e da Constituição francesa de 1791. Ambas as Constituições são escritas e rígidas e foram elaboradas por influências dos ideais de liberdade e racionalidade iluministas (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 1), entre elas a teoria de repartição de poderes de Montesquieu¹.

O controle de constitucionalidade está intimamente ligado às ideias de supremacia da Constituição e rigidez constitucional. A primeira representa um princípio constitucional, o qual se manifesta através da posição hierárquica mais elevada da Lei Maior dentro do sistema, constituindo-se em fundamento de validade de todas as demais normas. A segunda se constitui em pressuposto, em função de que a norma constitucional para figurar como parâmetro do controle precisa passar por um processo de elaboração mais complexo do que o exigido para as normas infraconstitucionais (BARROSO, 2012, p. 23).

A atual Constituição de 1988 é classificada como rígida e para que possa sofrer alguma alteração em seu texto, deve passar por um procedimento especial mais difícil do que o exigido para alteração ou produção da legislação ordinária.

Como bem leciona José Afonso da Silva (2005, p. 47):

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competência governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

O princípio da supremacia da Constituição surge então em decorrência desta formalidade especial para que se possa reformar a Lei Fundamental, pois as

¹ A ideia central da teoria de Montesquieu implica em limitar a atuação do Estado com a formação de um sistema de atribuição de poderes a três diferentes órgãos, autônomos e independentes entre si, os quais atualmente no Brasil são chamados de Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

normas elaboradas pelo poder constituinte originário possuem hierarquia superior a todas as outras normas. Significa dizer que as normas que integram a ordenação jurídica somente serão válidas se forem compatíveis com a Constituição.

Sobre o princípio da supremacia da Constituição, leciona Luis Roberto Barroso (2010, p. 300):

O poder constituinte cria ou refunda o Estado, por meio de uma Constituição. Com a promulgação da Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional. Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário - isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral - porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional.

O controle de constitucionalidade surge então como um mecanismo para impedir a eficácia de normas incompatíveis com a Constituição, servindo também como barreira para os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo as liberdades públicas, a cidadania, os direitos e garantias fundamentais (VELOSO, 2003, p. 19).

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 859):

O Estado Constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais, sanções contra atos dos órgãos de soberania e de outros não conformes com a constituição. A idéia de proteção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do Estado. Desta forma, o objeto de defesa não é pura e simplesmente a defesa do Estado e sim da forma de Estado tal como ela é constitucionalmente formada.

O principal controle de constitucionalidade é exercido pelo poder judiciário frente aos poderes executivo e legislativo nas situações onde a edição de norma ou ato normativo está em desconformidade com a Constituição, assegurando assim a estabilidade e a segurança do sistema jurídico.

Conforme verificado anteriormente, o controle de constitucionalidade pressupõe a existência de garantias, institutos e medidas para possibilitar a defesa e proteção da Lei Maior assegurando assim a observância, aplicação, estabilidade e conservação das normas constitucionais.

1.1 ORIGENS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Inicialmente, pode-se destacar a existência de dois sistemas principais de controle judicial de constitucionalidade. De um lado o sistema norte-americano (difuso) e, de outro, o sistema o europeu (concentrado) de controle de constitucionalidade.

No primeiro, sistema difuso ou também chamado de incidental, concreto, via de exceção ou via indireta, permite-se a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma². A inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser discutida quando se tem uma controvérsia em um caso concreto. Neste caso o juiz que depende da resolução deste incidente para proferir sua decisão, remete a demanda ao tribunal superior para negar ou permitir a aplicação da lei naquele caso, gerando seus efeitos somente entre as partes do processo.

No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana de 1891, e subsiste até hoje sem maiores alterações. Do juiz estadual recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição. No modelo europeu, sistema concentrado, também chamado de abstrato, via de ação ou via direta, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal. Independe de uma lide existente, pois não tem como objetivo a tutela dos direitos subjetivos, mas a preservação da harmonia do sistema jurídico (BARROSO, 2010, p. 41).

Diferentemente do modelo de controle de constitucionalidade difuso estadunidense, onde o elemento histórico desempenhou um papel decisivo para sua

² Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolveu-se a partir da discussão enfrentada pela Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury v. Madison*, de 1803. Wiliam Marbury foi nomeado juiz de paz pelo então presidente John Adams em seu último dia de mandato. John Marshall presidia a Suprema Corte e apreciou questão em que determinada lei foi contraposta à Constituição. Nesse contexto, foi desenvolvido raciocínio que deu origem à tese – que posteriormente ficou conhecida como doutrina Marshall – de que todo juiz tem poder e dever de negar validade à lei que, mostrando-se indispensável para a solução do litígio, afronta a Constituição. (SARLET *et al*, 2012, p. 726).

caracterização, o modelo de controle concentrado europeu nasceu com o advento da Constituição austríaca de 1920, sob grande influência da contribuição doutrinária de Hans Kelsen e aperfeiçoado por via de emenda em 1929, também inspirada pelo mesmo pensador, o qual exerceu a função de consultor do governo austríaco na elaboração da Constituição, além de ter atuado na Corte Constitucional austríaca como um de seus membros mais influentes, recebendo assim o título de relator permanente (RAMOS, 2010, p. 139).

Kelsen também foi o defensor da criação da jurisdição constitucional, especialmente através dos chamados Tribunais Constitucionais, os quais seriam os responsáveis por exercer o controle sobre as normas elaboradas pelos poderes legislativo e executivo, partindo do pressuposto de que ninguém pode ser juiz em causa própria, e por consequência, não se pode confiar a invalidação de uma lei inconstitucional ao mesmo órgão que a elaborou (CUNHA JUNIOR, 2006, p. 13).

Kelsen salientou a necessidade de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade para que este detenha a competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional, tanto para os casos em concreto quanto para todos os casos a que a lei faz referência, anulando assim a própria lei (KELSEN, 1999, p. 189).

O controle concentrado de constitucionalidade surgiu no Brasil através da Emenda Constitucional n.16 de 1965, a qual ampliou a competência originária do STF, atribuindo à Suprema Corte a competência para processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Além disso, a referida Emenda conferiu ao legislador estadual, a prerrogativa de “estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município, em conflito com a Constituição estadual”. Nesse sentido, a Emenda Constitucional n. 16 estabeleceu a previsão de controle abstrato de normas estaduais e federais, além da possibilidade de instituição por parte do legislador, de meio processual com fim objetivo de controle de lei ou ato municipal contrário à Constituição estadual (SARLET et al, 2012, p. 750).

1.2 O CONTROLE CONCENTRADO: EVOLUÇÃO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

No Brasil, o modelo difuso foi o único sistema de controle de constitucionalidade utilizado desde a promulgação da Constituição de 1891 até a edição da Emenda Constitucional n. 16 de 1965. As Constituições posteriores à de 1891, foram introduzindo novos elementos, afastando-se do puro sistema difuso, adotando aspectos do modelo concentrado, sem, no entanto, aproximar-se do europeu, utilizando o chamado controle misto de constitucionalidade (SILVA, 2005, p. 50).

A Constituição de 1934 trouxe três inovações importantes: a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a regra de que só por maioria absoluta de votos dos membros dos tribunais se poderia declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (cláusula de reserva de plenário) e a atribuição da competência do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva. Na vigência da Constituição de 1946, mais uma novidade surge, por meio da Emenda Constitucional 16 de 1965: a criação de uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, a chamada ação genérica, a qual atribuiu ao STF a competência para apreciar e julgar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, apresentada pelo Procurador Geral da República. A atual Constituição de 1988 introduziu mais duas novidades: previu a inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º) e ampliou a legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (artigo 103), que até então só pertencia ao Procurador Geral da República. Atualmente, o Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional, e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, qualquer deles podem propor a ação (SILVA, 2005, p. 50-51).

Importante fazer uma ressalva em relação aos legitimados, pois a jurisprudência do STF dividiu-os em legitimados universais e especiais. Esta divisão teve como propósito diminuir a grande quantidade de ações do controle concentrado

que tramitavam no Supremo, ao realizar um filtro onde se passou a exigir dos legitimados especiais, elencados nos incisos IV, V e IX do artigo 103 da CF, a necessidade de demonstrar a pertinência temática como pressuposto de admissibilidade, ou seja, deve existir uma relação direta entre as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada.

Em relação à capacidade postulatória, entende o Supremo Tribunal Federal que os legitimados assinalados nos incisos I a VII, do artigo 103 da CF, possuem capacidade processual plena, dispensando a necessidade de representação por advogado. Apenas as entidades referidas nos incisos VIII e IX do mesmo artigo (partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe) necessitam do auxílio de advogado para subscrever a peça inicial (MENDES, 2012, p. 1588).

A despeito da ampliação do rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, Gilmar Mendes (2009, p. 1104), afirma:

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente (grifo no original).

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas (MENDES, 2009, p. 1104).

A criação de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, estabelecida no artigo 103, §2º, significou um importante mecanismo para propiciar e garantir as medidas a serem executadas pelo poder público a fim de trazer efetividade às normas programáticas. Conforme afirma Paulo Bonavides (2006, p. 332), “*esse novo instrumento, [...] se dirige sem duvida aos comportamentos omissivos do legislador como uma garantia destinada a resolver o problema de eficácia das normas constitucionais programáticas, principalmente em matéria de direitos sociais*”.

Nesse sentido, ficou evidente a importância da criação deste instituto na medida em que o silêncio legislativo pode comprometer a eficácia das garantias constitucionais dependentes de legislação complementar, propiciando um ambiente

de instabilidade do Estado social e da ordem constitucional, justamente a qual a Constituição visa estabelecer.

Outra novidade foi introduzida com a Emenda Constitucional nº 3 de 1993, a qual criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, também de competência do STF para conhecer e julgá-la, tendo como objetos apenas leis ou atos normativos federais, cuja decisão definitiva de mérito possui eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Executivo e Judiciário. Vale destacar que o efeito *erga omnes* e o efeito vinculante não eram utilizados na ADI, vez que a Constituição não previu expressamente estes efeitos. O efeito *erga omnes* e o efeito vinculante foram posteriormente regulamentados pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, a qual estabeleceu que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, 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 (SILVA, 2005, p. 54).

Importante ressaltar outra diferença em relação à ADI, o rol de legitimados, os quais foram estabelecidos pela Emenda nº 3 que seriam apenas o Procurador Geral da República, o Presidente da República, às Mesas do Senado Federal e a Câmara dos Deputados.

A EC nº 45 de 2004, corrigiu essas duas diferenças e praticamente igualou as duas ações, com apenas a diferença do objetivo oposto de cada uma delas e o objeto mais restrito da ADC, estabelecendo os mesmos efeitos, vinculante e eficácia contra todos, definindo os mesmos legitimados para proporem as ações, elencados no artigo 103 da Carta Magna.

No intuito de regulamentar o dispositivo constitucional do artigo 102, I, a, foi regulamentada a Lei 9.868 de 1999, a qual inicialmente dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Posteriormente esta lei foi modificada pela Lei 12.063 de 2009, para incluir a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Para complementar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, foi editada a Lei 9.882/99, com o objetivo de regulamentar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), estabelecida no artigo 102, §1º, da CF/88, como segue:

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

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (BRASIL, 2018).

Diante de todo o exposto, torna-se oportuno demonstrar um quadro comparativo da evolução do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras, com maior ênfase ao sistema abstrato:

CONSTITUIÇÃO	EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
1824	Não havia controle difuso ou concentrado. O Poder Legislativo exercia o papel de guardião da CF, e tinha como atribuição elaborar as leis, interpretá-las, suspende-las e revogá-las.
1891	Inaugura o controle difuso reconhecendo a competência do STF para rever em última instância as sentenças dos tribunais estaduais quando questionada a validade ou a aplicação de tratados ou leis federais.
1934	Introduziu profundas alterações como a cláusula de reserva de plenário, o estabelecimento da competência do Senado para suspender a execução de lei ou ato quando declarados inconstitucionais, o efeito <i>erga omnes</i> nas declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF e, a representação interventiva confiada ao PGR.
1937	Profundo retrocesso no sistema de controle, conferindo ao Presidente da República, no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei, a possibilidade de submetê-la novamente ao Parlamento que, confirmando a sua validade por 2/3 de votos em cada uma das casas, tornava insubsistente a decisão do Tribunal.
1946	Restaurou a tradição do controle judicial. Subordinou a intervenção federal à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo STF. Emenda n.16 instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais.
1967	Não trouxe grandes modificações. Ampliação do objeto da representação interventiva para prover também a execução de lei federal. Transferência da competência ao Presidente da República para suspender o ato estadual. Emenda n. 1 prevê o controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição estadual para fins de intervenção no Município.
1988	Amplia significativamente os mecanismos de controle de constitucionalidade. Ampliação do rol de legitimados a propositura das ações do controle concentrado. Introduziu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e em 1993 a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Estabelece a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental regulamentada posteriormente pela Lei 9.882/99.

Fonte: elaborado pelo autor com base em Mendes (2012, p. 1035 -1062).

Destarte, não é difícil perceber que a vigente Constituição Federal de 1988 introduziu relevantes alterações no sistema de controle de constitucionalidade, sobretudo com a regulamentação das ações do controle abstrato, reforçando

sobremodo a via de ação direta, mantendo-se ainda o controle difuso como via de exceção ou incidental nos processos subjetivos.

1.3 AÇÕES DIRETAS NA CONSTITUIÇÃO: PRESSUPOSTOS E EFEITOS

Conforme anteriormente mencionado, o poder constituinte originário instituiu no ordenamento jurídico brasileiro algumas espécies de controle concentrado de constitucionalidade, com o intuito de combater com maior efetividade as normas que não apresentam compatibilidade com a Constituição, proporcionando assim uma maior segurança jurídica nas relações.

Nessa esteira, o constituinte previu a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 102, I, a), a ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, I, a, parte final), a ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1º).

A principal ação do controle concentrado de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, consiste na única ação existente deste sistema antes da promulgação da CF/88, a qual se pôde constatar sua relevante função social, levando o constituinte a criar as outras ações do controle abstrato.

Segundo Paulo Bonavides (2006, p. 329-330), data-se de 1954 o ponto de partida do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, através da Lei 2.271/54, a qual resultou em um novo instrumento processual, a chamada ação direta de declaração de inconstitucionalidade. Vale destacar que a referida ação somente cobria atos vinculados às hipóteses de intervenção federal.

Atualmente a ADI se tornou um importante mecanismo de proteção constitucional, com objetivo de tutela do direito objetivo, com a apreciação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, editados posteriormente à promulgação da CF/88, com competência para o processamento e julgamento do Supremo Tribunal Federal (BONAVIDES, 2006, p. 332).

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015, p. 343) afirmam que:

A função precípua da ação direta de inconstitucionalidade é a defesa da ordem constitucional, possibilitando a extirpação da lei ou ato normativo inconstitucional do sistema jurídico. Não se visa – como ocorre no controle incidental – à garantia de direitos subjetivos, à liberação de alguém do acatamento de uma lei inconstitucional. O

autor da ADIn não atua na qualidade de alguém que postula interesse próprio, pessoal, mas sim, na condição de defensor do interesse coletivo, traduzido na preservação da higidez do ordenamento jurídico.

Importante destacar outras características atinentes da ADI e que por lei foram fixadas: não se sujeita a prazo prescricional, não admite desistência após a propositura, impossibilidade de intervenção de terceiros, admissibilidade de *amicus curiae*³, possibilidade de concessão de medida cautelar.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) foi criada pela Emenda Constitucional nº 3/1993, resguardando muitas similaridades com a ADI, referenciada por alguns autores como “ADI de sinal trocado”. Em razão desta semelhança, torna-se importante ressaltar as diferenças, as quais se encontram: no pedido do autor, que na ADC é exatamente o oposto da ADI, ou seja, requer-se a declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo; no objeto mais restrito, pois não abrange leis e atos normativos estaduais, como ocorre na ADI; na necessidade da relevante controvérsia judicial, que representa um pressuposto de admissibilidade sem o qual não é possível a propositura da ADC. Este requisito deve ser demonstrado pelo autor através da juntada de decisões judiciais, prolatadas no âmbito do controle difuso, que suscitem controvérsia sobre a lei constitucional ou inconstitucional (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 366-367).

Em sede de ADI e ADC, cumpre destacar a chamada natureza dúplice ou ambivalente. Isso ocorre porque a decisão de mérito proferida em qualquer das duas ações, produz eficácia num ou noutro sentido, seja quando é dado provimento à ação, seja na hipótese em que lhe é negado provimento (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 875).

Assim, no provimento da ADI, a decisão de mérito está reconhecendo a inconstitucionalidade, se do contrário, negado o provimento, o tribunal estaria declarando a constitucionalidade, atribuindo assim a mesma eficácia de provimento de uma ADC.

Em relação aos efeitos das decisões da ADI e da ADC, o dispositivo constitucional do §2º do artigo 102 da CF/88 enuncia:

³ *Amicus Curiae* ou amigo da corte são órgãos ou entidades os quais podem ser autorizados a se manifestarem no processo e cuja função principal é fornecer subsídios, argumentos ou dados técnicos sobre o tema, contribuindo com a pluralização do debate dando maior legitimidade às decisões da Suprema Corte.

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

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 2018).

Sobre a eficácia contra todos (efeito *erga omnes*), lecionam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015, p. 877):

Afirmar que a decisão é dotada de eficácia *erga omnes* significa dizer que a decisão tem força geral, contra todos, alcançando todos os indivíduos que estariam sujeitos à aplicação da lei ou ato normativo impugnado. Desse modo, todas as pessoas que se encontram abrangidas pela situação prevista na lei ou ato normativo serão atingidas pela decisão da ação direta.

Assim, a eficácia contra todos diz respeito ao enalce subjetivo da decisão do STF, estendendo a todos, independente de terem participado do processo, diferentemente do efeito vinculante, o qual está relacionado à limitação da autonomia dos membros do Judiciário e da Administração Pública.

Questão objeto de relevante debate pela doutrina é a controvérsia existente sobre o momento a partir do qual a sentença que declara a inconstitucionalidade de uma lei deve produzir seus efeitos, se desde o nascimento da norma (efeito *ex tunc*) ou se a partir da entrada em vigor da sentença do tribunal (efeito *ex nunc*). Em regra, o direito brasileiro tem adotado a teoria da nulidade, ou seja, a partir da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual, esta deve ser declarada nula de pleno direito, com retroatividade dos efeitos desde a entrada em vigor da norma inconstitucional.

Contudo, conforme afirmam Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes (2005, p. 487), com a evolução do direito constitucional e a maior complexidade das relações jurídicas, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional passou a gerar grandes gravames, em alguns casos até maiores do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas. Isso porque, em algumas situações, a norma que fora declarada inconstitucional já estava sendo aplicada por um grande período de tempo, o que tornava praticamente impossível a declaração de sua nulidade absoluta, já que tal fato acarretaria a desconstituição de inúmeras relações jurídicas já sedimentadas, ocasionando uma enorme insegurança jurídica.

Em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, prevista no artigo 103, §2º, esta tem por objetivo fundamental tornar efetiva a norma constitucional não autoaplicável, a qual ainda se encontra dependente de complementação pelo legislador ordinário, dando-se a ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias para a sua concretização (MENDES, 2009, p. 1236).

Nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015, p. 360):

Com isso, a partir de 1988, passou a reconhecer o texto constitucional que o desrespeito à Constituição pode advir não só de uma ação, de um ato positivo, quando os órgãos constituídos atuam em desconformidade com as normas e princípios daquela, mas também da omissão ou do silêncio, quando os órgãos permanecem inertes, não cumprindo seu dever de elaborar as leis ou os atos administrativos normativos indispensáveis à eficácia e aplicabilidade da Lei Maior.

Em relação aos legitimados, são os mesmos da ADI e da ADC, elencados no artigo 103, I a IX, da Constituição de 1988. Do lado passivo estão os órgãos ou autoridades omissos, os quais não cumpriram com o seu dever de adotar as medidas necessárias para a concretização dos preceitos constitucionais.

Quanto ao objeto, só estão abrangidas pela ADO, as omissões normativas federais ou estaduais, sendo possível a concessão de medida cautelar pela maioria absoluta de seus membros em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, após a manifestação dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão constitucional.

Semelhante modo possui também como características: não se sujeita a prazo prescricional, admissibilidade de *amicus curiae*, impossibilidade de desistência após a propositura e intervenção de terceiros.

Já em relação à ação de descumprimento de preceito fundamental, esta foi concebida para regulamentar o dispositivo constitucional de eficácia limitada, enunciado pelo artigo 102, §1º, o qual dispôs de forma bem limitada, sobre a competência do STF para apreciá-la na forma da lei. O referido dispositivo recebeu a devida regulamentação com o advento da Lei 9.882/99, dispondo sobre o seu processo e julgamento. Conforme o artigo 1º⁴, da referida lei, seu objeto constitui-se

⁴ Art. 1º. A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

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

em evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, podendo ainda ser proposta quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, na forma do inciso I do parágrafo único.

Ainda em relação ao objeto, importante destacar o contido no artigo 4º, §1º, o qual define a natureza subsidiária da ADPF: “*não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”. Significa dizer que o cabimento da ADPF somente é possível nas hipóteses em que a lesividade não possa ser sanada por outra ação do controle concentrado ou até mesmo por outro meio processual.

Percebem-se na ADPF importantes diferenças em relação às outras ações do controle concentrado, principalmente em razão da possibilidade de controle de leis municipais, ou de leis ou atos normativos editados anteriormente à promulgação da CF/88, desde que ocorra lesão a preceito fundamental ou existência de relevante controvérsia judicial não abrangida pelas outras ações do controle concentrado.

No tocante as outras características, a ADPF não se sujeita a prazo prescricional; possui a mesma legitimidade conferida à ADI, elencados no artigo 103, incisos I a IX, da Constituição; possibilita a concessão de medida liminar por decisão da maioria absoluta de seus membros; não admite a desistência após a propositura e a intervenção de terceiros, possibilita a manifestação de *amicus curiae*.

Outro diferencial importante da ADPF é o fato de que pode ser arguida de forma autônoma ou incidental. No primeiro caso, a arguição é dirigida diretamente ao STF, independente de existência de um caso concreto onde haja surgido relevante controvérsia constitucional. No segundo caso, a questão constitucional tem de estar inserida em um caso concreto e deve possuir fundamento relevante nos aspectos econômico, político, social ou jurídico, como pressuposto de admissibilidade (SARLET et al, 2012, p. 1128).

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

2 A REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Com o objetivo de regulamentar o dispositivo do artigo 102, I, da Constituição Federal, foi editada a Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 para disciplinar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal. Em 2009 a referida lei foi alterada para abarcar a regulamentação do dispositivo do artigo 103, §2º, dispondo também a partir deste momento sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Com efeito, a referida lei trouxe uma importante inovação, constante em seu artigo 7º, §2º, introduzindo em nosso ordenamento jurídico a figura do “*amicus curiae*”. Este instituto, importado do direito americano, tem por objetivo viabilizar a participação de interessados no processo, os quais podem ser afetados pelas decisões no âmbito do controle de constitucionalidade, proporcionando a concretização do princípio constitucional do pluralismo democrático e possibilitando que o Tribunal integre suas decisões com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões (MENDES, 2000).

Outra inovação importante contida no artigo 21 da Lei 9.868 refere-se à possibilidade de admissão de medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade, com o objetivo de determinar que juízes e tribunais suspendam os processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo, o qual deve ocorrer no prazo máximo de 180 dias. Na hipótese de se ultrapassar este prazo, os processos devem continuar sua normal tramitação (MENDES, 2000).

A segunda lei que regulamenta o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, a Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999, foi concebida para dispor sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), nos termos do §1º, do artigo 102 da CRFB/88.

Este novo instituto trouxe profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, entre elas, a ampliação do conjunto de possíveis objetos do controle, pois a ADPF admite também a impugnação de decisão judicial que contrarie a Constituição ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo

judiciário que não envolva a aplicação de lei ou ato normativo infraconstitucional (MENDES, 2000).

No plano normativo, a Lei 9.882/99 também ampliou as hipóteses de controle, possibilitando o questionamento de leis ou atos normativos municipais e/ou pré-constitucionais, os quais anteriormente só poderiam ser questionados mediante recurso extraordinário ao STF.

2.1 AS AÇÕES DIRETAS DO CONTROLE CONCENTRADO REGULAMENTADAS PELAS LEIS 9.868/99 E 9.882/99

Atualmente, encontram-se regulamentadas e constituem instrumentos jurídicos integrantes da via direta de controle de constitucionalidade: A Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, das quais o Supremo Tribunal Federal exerce a jurisdição constitucional.

Para completar e fortalecer ainda mais o sistema concentrado de controle de constitucionalidade foram editadas as leis 9.868/99 e 9.882/99, da qual a primeira regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a segunda, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ambas as leis foram editadas ante a necessidade de regulamentar os dispositivos programáticos contidos no artigo 102 da CF/88.

Importante destacar que toda a disciplina referente à matéria processual da ADI e da ADC estava contida no texto constitucional ou no Regimento Interno do STF. A Lei 9.868/99 entra em vigor e muda definitivamente este quadro. Veja-se agora de forma mais analítica os principais dispositivos da referida lei, os quais trouxeram importantes modificações no processo e julgamento das ações.

Os requisitos da petição inicial da ADI estão elencados no artigo 3º, os quais o legislador determinou como indispensáveis à propositura da ação, entre eles a indicação dos dispositivos da lei ou ato normativo, bem como os fundamentos

jurídicos do pedido em relação a cada dispositivo impugnado. O segundo requisito indispensável à petição inicial é a formulação do pedido com suas especificações, não se permitindo que o pedido seja genérico.

Nessa esteira, o artigo 4º da lei concede ao relator a possibilidade de indeferir liminarmente as petições ineptas, não fundamentadas ou manifestamente improcedentes, cabendo agravo da decisão no prazo de cinco dias. Este dispositivo deve ser interpretado de forma mais ampla, pois se entende como inepta, além das disposições do artigo 4º, também a inobservância dos requisitos da legitimidade ativa, da demonstração da pertinência temática para os legitimados especiais e, objeto juridicamente possível, pois normas constitucionais originárias, leis anteriores à Carta Magna de 1988, atos tipicamente regulamentares e leis municipais não podem ser objeto de uma ADI (DOUGLAS, 2011).

O artigo 5º estabelece a impossibilidade de desistência após a propositura de ação direta, dispositivo este que positivou o entendimento já consolidado pelo STF no artigo 169, §1º, do seu Regimento Interno como segue: “*Proposta a representação, não se admitirá a desistência, ainda que afinal o Procurador Geral se manifeste pela sua improcedência*”. Tal aspecto se dá em função do princípio da indisponibilidade da instância, pois a defesa da Constituição não se sujeita ao juízo de conveniência do autor da ação.

O artigo 7º preservou a orientação contida no Regimento Interno da Suprema Corte que veda a intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade. No entanto, a depender da relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o §2º do referido artigo autoriza o relator a admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Introduziu-se assim a figura do *amicus curiae*, conferindo caráter pluralista e democrático ao processo objetivo de controle de constitucionalidade (MENDES, 2012, p. 1616).

Com relação à oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, o artigo 8º determina que cada qual deverá se manifestar em quinze dias, após decorrido o prazo das informações. O Advogado Geral da União atuará nas ações diretas de inconstitucionalidade como uma espécie de defensor do Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis (DOUGLAS, 2011). Sobre o tema, vale dizer, tem prevalecido o entendimento de que o AGU está impossibilitado de se manifestar pela inconstitucionalidade da lei, sob pena de afronta e descumprimento de sua função atribuída pela Constituição.

A despeito da possibilidade de medida cautelar, o artigo 10 dispõe sobre a sua concessão, a qual pode ser deferida desde que atendidas as condicionantes do caput do referido artigo, sendo certo que só é permitida por decisão da maioria absoluta de seus membros, exceto em período de recesso, e ainda após a audiência dos órgãos ou autoridades do qual emanou a lei ou ato normativo impugnado. Em casos de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos mesmos, conforme dispõe o §3º do artigo 10.

A regulamentação deste instituto representou, sem dúvida, em uma das inovações mais importantes no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, em função de que a decisão liminar possui eficácia geral, impedindo que a norma objeto do controle continue produzindo efeitos. Nesse sentido, todos os processos judiciais que tenham por objeto a aplicação da lei que teve sua vigência suspensa pela decisão cautelar também ficam suspensos até que a lei seja julgada em definitivo pelo STF (DOUGLAS, 2011).

Apesar da eficácia *erga omnes*, a decisão que concede a medida liminar, em regra, possui efeitos *ex nunc* conforme reza o §1º do artigo 11. Mesmo não retroagindo, os efeitos da decisão torna possível o fenômeno da repristinação, pois estabelece o §2º do mesmo artigo que a concessão da medida cautelar torna aplicável à legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Conforme leciona William Douglas (2011), o dispositivo do segundo parágrafo inverte a lógica da tradição do Direito brasileiro, pois a repristinação era admitida apenas quando expressamente determinada, ao passo que com a entrada em vigor da Lei 9.868/99, a repristinação passa a ser presumida. Pretendeu o legislador trazer maior segurança jurídica, na medida em que evita um vácuo jurídico que frequentemente seria mais prejudicial do que a existência de uma norma inconstitucional.

A partir do artigo 13 a Lei 9.868/99, inicia-se a regulamentação da ação declaratória de constitucionalidade, começando com o rol dos legitimados ativos, os quais na época da edição da lei, não haviam ainda sido ampliados pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. A lei apenas reproduziu os legitimados do artigo 103, §4º da CF/88 como não poderia ser diferente.

No que se refere aos requisitos da petição inicial da ADC, o artigo 14 estabeleceu, além dos já previstos pelo artigo 3º desta lei, a exigência da

controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória, requisito este extraído da jurisprudência da Suprema Corte que já se utilizava deste pressuposto de admissibilidade.

Sobre o requisito da controvérsia judicial relevante, Gilmar Mendes (2012, p. 1634-1635) afirma que a exigência da controvérsia judicial associa-se não só à ameaça ao princípio da presunção de constitucionalidade, mas também à invalidação prévia de uma decisão tomada por segmentos expressivos do modelo representativo, ou seja, a incerteza decorre, na espécie, da controvérsia que se instaura entre os órgãos judiciais e os órgãos políticos responsáveis pela edição do texto normativo.

A Lei 9.868/99 também inovou ao admitir medida cautelar em sede de ADC (artigo 21), a qual deve consistir na suspensão dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo, devendo este ocorrer no prazo máximo de 180 dias, momento em que se torna ineficaz a medida.

A exigência do quórum deliberativo de pelo menos oito ministros para o julgamento sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é disciplinada pelo artigo 22, sendo que a proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma impugnada será efetuada se pelo menos seis ministros se manifestarem num ou noutro sentido, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade na forma do artigo 23 da mesma lei e também do artigo 97 da CF/88 (cláusula de reserva de plenário).

O artigo 24 traduz o chamado caráter dúplice ou ambivalente entre a ADI e a ADC, em função de que na hipótese de provimento de uma das ações, necessariamente a outra com o mesmo objeto será improvida. Neste sentido, conforme cita Gilmar Mendes (2012, p. 1643), manteve-se a tradição de nosso direito constitucional, no sentido de não se limitar a declarar a improcedência da ação, devendo-se afirmar explicitamente a constitucionalidade da norma objurgada, por decisão de maioria qualificada, seis votos, presentes pelo menos oito ministros.

Sobre a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o artigo 27 representa um dos pontos mais controversos e de maior complexidade no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, na medida em que o mencionado dispositivo, tendo em vista

razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, permite que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decida que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou ainda de outro momento que venha a ser fixado.

Sobre a técnica de modulação dos efeitos da decisão, caberá posteriormente uma análise mais aprofundada em capítulo autônomo, haja vista a sua importância e repercussão em todo o ordenamento jurídico, além do caloroso debate doutrinário existente sobre o tema.

Para concluir, o artigo 28, parágrafo único, prevê uma moderna técnica de hermenêutica, a interpretação conforme a Constituição, com fundamento nos princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica, tendo por objetivo impedir que normas polissêmicas e aparentemente inconstitucionais sejam retiradas do ordenamento jurídico precocemente e sem uma análise mais aprofundada, evitando assim um vazio normativo. Busca-se com isso uma adequação da norma com o texto constitucional, podendo-se ampliar ou restringir o sentido na norma para garantir a compatibilidade com o ordenamento constitucional (DORNELES, 2006).

2.2 ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO ÀS AÇÕES DIRETAS

Em que pese o constituinte conferir legitimidade ativa para propor as ações diretas do controle concentrado aos entes elencados no artigo 103 da CF/88, entende o Supremo Tribunal Federal que os legitimados dos incisos VIII e IX (partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional) não possuem capacidade postulatória plena, ou seja, necessitam da representação de advogado para ingressar em juízo perante o STF. Este entendimento foi consolidado no julgamento da ADI 127⁵ a qual ficou estabelecido que o governador de Estado e as demais autoridades e entidades referidas no artigo 103, incisos I a VII, da CF/88, podem praticar no processo de

⁵ ADI 127 foi distribuída em 31/10/1989. Foi Relator o Ministro Celso de Mello, Requerente o Governador do Estado de Alagoas e Requerida a Assembleia Legislativa do mesmo Estado.

ação direta de inconstitucionalidade quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado.

Cumprido destacar que segundo o entendimento pacificado na jurisprudência do STF, as entidades de classe de âmbito nacional foram definidas como sendo associações de pessoas que representa o interesse comum de uma determinada categoria intrinsecamente distinta das demais⁶. Assim as associações ou instituições formadas por integrantes cujos objetivos individualizados podem ser distintos entre si não são consideradas entidades de classe para efeito do artigo 103, IX. Para aferição do caráter nacional da entidade de classe, necessário que esta tenha uma atuação em diferentes regiões do país, além de possuir integrantes em pelo menos um terço das Unidades da Federação (nove Estados-membros), aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95, art. 7º, § 1º) em função da ausência de disciplina legal sobre o tema (MENDES, 2012, p. 1589-1590).

Em relação às confederações sindicais, estas devem ser compostas por pelo menos três federações, exigência do artigo 535 da CLT, e ainda, conforme dispõe o artigo 537, §3º do mesmo diploma legal, necessitam de reconhecimento por decreto do Presidente da República.

Objeto de crítica por parte da doutrina é o entendimento do STF sobre a necessidade de demonstração da pertinência temática, exigida apenas dos legitimados dos incisos IV, V e IX, do artigo 103. Assim a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal e; a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional precisam comprovar a relação de pertinência entre o objeto da ação e atividade desenvolvida pelo ente legitimado. Nesse sentido, a jurisprudência da Suprema corte dividiu os legitimados em universais e especiais, determinando sobre estes o ônus da demonstração da pertinência temática.

Para Gilmar Mendes (2012, p. 1593-1594), a relação de pertinência representa uma restrição ao direito de propositura, estabelecendo uma condição de ação, muito semelhante ao interesse de agir do processo civil, e que não encontra guarida no texto constitucional e parece não possuir vínculos com o sistema de controle abstrato de normas.

⁶ Cf. ADI 34/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 128/481.

Em relação à legitimidade passiva, embora não haja equívoco na interpretação literal do artigo 6º da Lei 9.868/99 que impõe aos órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação a necessidade de prestar informações ao relator do processo, surge uma polêmica em relação à atuação do AGU (Advogado-Geral da União) o qual é chamado para defender a norma ou texto impugnado nas ações diretas de inconstitucionalidade, na forma do artigo 103, §3º da CF, independentemente de sua natureza federal ou estadual, tornando-se impedido constitucionalmente de se manifestar contrariamente a ela, sob pena de afronta à atribuição que lhe foi conferida pela própria Constituição (MORAES, 2003, p. 501).

Entretanto, a Corte Constitucional verificou que em determinadas situações o AGU era obrigado a defender uma norma que era contrária aos próprios interesses da União, como por exemplo, quando uma norma estadual invadia a competência privativa da União para legislar sobre o tema, ou ainda, quando o AGU era compelido a defender determinado entendimento que já havia sido superado pela jurisprudência da Suprema Corte (ARAÚJO, 2013).

Diante disso, esse entendimento foi mitigado pela jurisprudência do STF, a qual passou a admitir que, excepcionalmente, nos casos em que houver precedente da Corte pela inconstitucionalidade da matéria, não há obrigatoriedade de atuação do AGU em favor da norma impugnada.

Quanto ao prazo decadencial para propositura das ações entende o STF que não há prazo de decadência, conforme dispõe a Súmula 360: *Não há prazo de decadência para a representação de inconstitucionalidade prevista no artigo 8º, parágrafo único da Constituição Federal.* (súmula aprovada na sessão plenária de 13/12/1963).

2.3. EFEITOS DA DECISÃO E A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO

Em conformidade com o dispositivo constitucional do artigo 102, §2º, as decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão efeitos *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos da Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, em todas as esferas, federal, estadual e municipal.

Um terceiro efeito diz respeito ao momento em que a de declaração de inconstitucionalidade do ato normativo produzirá seus efeitos, pois a decisão pode retroagir ao nascimento da norma (efeitos *ex tunc*), declarando sua nulidade absoluta, retirando assim todo o seu fundamento de validade e eficácia jurídica em função de sua incompatibilidade com a Constituição, e por consequência determinando a nulidade de todos os atos praticados com fundamento no ato normativo inconstitucional; ou ainda, a decisão declaratória de inconstitucionalidade pode atribuir efeitos *ex nunc*, ou seja, determinando a anulação da norma inconstitucional a partir da sentença e estabelecendo que a norma antes de declarada inconstitucional era válida e possuía eficácia, não afetando assim os atos praticados sob sua égide.

Em relação à natureza jurídica do ato inconstitucional, a tradição do Direito Constitucional brasileiro adota em regra a teoria da nulidade, a qual entende que a norma inconstitucional tem sua validade abalada *ab initio*, pois já nasceu viciada e, portanto, não pode gerar qualquer efeito válido, fazendo com que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade seja meramente declaratória, confirmando a incompatibilidade vertical entre o ato fiscalizado e a Constituição, trazendo como consequência efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade (GOMES, 2010).

Por outro lado, situa-se a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, concebida por Hans Kelsen, o qual defende que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas pode ser anulável, com efeitos em regra para o futuro, de forma que os efeitos já produzidos pela norma permanecem intocados. Segundo Kelsen, a lei pode ser anulada, excepcionalmente, com efeitos retroativos com a consequente anulação de todos os atos praticados com fundamento nela. Neste caso, a lei foi válida até a sua anulação, pois não era nula desde o início. Na sua concepção, a decisão de inconstitucionalidade não possui apenas caráter declarativo mas também constitutivo. O sentido do ato de anulação da validade da norma é semelhante ao sentido do ato de criação de uma norma, sendo que o ordenamento jurídico não pode conferir poderes a um determinado órgão para declarar a nulidade de uma norma criada por outro órgão (KELSEN, 1999, p. 192-193).

Em que pese o sistema pátrio adotar como regra a teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional, esta regra vem sendo relativizada em determinadas situações onde a declaração de nulidade se torna mais prejudicial do que a própria

norma inconstitucional, trazendo ameaça à segurança jurídica e ao interesse social, pois seria mais gravoso determinar a nulidade de todos os atos praticados com fundamento na norma inconstitucional do que reconhecer a eficácia de uma norma inconstitucional ainda que por tempo determinado.

Sobre a relativização do princípio da nulidade, afirma Gilmar Mendes (2012, p. 1841):

O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um *quorum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Nessa linha de raciocínio, a Lei 9.868/99 introduziu significativas alterações, regulamentando definitivamente as técnicas de decisão que limitam os efeitos da decisão, conforme dispõe o artigo 27:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 2018).

Esta possibilidade prevista pelo legislador ordinário ficou conhecida como modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, permitindo ao Supremo Tribunal Federal, em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estabelecer a eficácia da decisão a partir da sua publicação ou de outro momento a ser fixado na decisão.

Nesse sentido, cumpre citar importante decisão da Suprema Corte no julgamento dos Embargos de Declaração da ADI 4.788, a qual foi proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais contra o disposto do artigo 1º da Lei paraense 7.621/12, que alterou o Código de Organização Judiciária do Estado do Pará e o plano de carreira dos magistrados estaduais. Ressalta a autora que o referido dispositivo viola o caput do artigo 93 da Constituição, o qual prevê que lei complementar disporá sobre o Estatuto da Magistratura, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Os embargos de declaração foram opostos em função de que o STF não havia se pronunciado na decisão sobre a modulação temporal. Os embargos foram providos e a Suprema Corte se pronunciou reconhecendo inegável

risco à segurança jurídica, aplicando efeitos *ex nunc* a declaração de inconstitucionalidade.

Além da modulação temporal da decisão de inconstitucionalidade, o referido diploma legislativo introduziu a possibilidade de restringir os seus efeitos, possibilitando ao STF declarar a nulidade de forma total, parcial ou parcial sem redução de texto.

Na hipótese de declaração de nulidade total, toda a norma jurídica é invalidada pelo tribunal. Ocorre principalmente quando o defeito da norma advém da inobservância das disposições constitucionais atinentes ao processo legislativo, pois neste caso não se vislumbra a possibilidade da divisão das leis em partes válidas e inválidas (MENDES, 2012, p. 1297).

Em consonância com a teoria da divisibilidade da lei, adotada pela doutrina e a jurisprudência brasileira, a declaração de nulidade parcial é possível se a parte não viciada puder subsistir de forma autônoma. Para isso, torna-se necessária a análise de interdependência dos dispositivos, isto é, examinar se as disposições estão em relação de vinculação, o que impediria a sua divisibilidade. Vale destacar que não se pode ignorar a vontade do legislador, pois se a norma que subsistir não corresponder à concepção originária, inevitável será a declaração de inconstitucionalidade de toda a lei (MENDES, 2012, p. 1299).

Muito peculiar é a hipótese de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, a qual ocorre quando é considerada inconstitucional a aplicação da lei a determinadas situações, a exemplo da lei que institui a cobrança de tributo no mesmo exercício financeiro. Neste caso, a aplicação da lei naquele espaço de tempo é inconstitucional, vez que a norma poderá ser aplicada, sem restrições, no próximo exercício financeiro (MENDES, 2012, p. 1301).

Acerca da inovação contida no artigo 27 da Lei 9.868/99, explica Alexandre de Moraes (2003, p. 506), que o referido dispositivo autoriza o STF a manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais, quais sejam: decisão de maioria de dois terços dos membros do Tribunal (requisito formal), e, presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (requisito material). Em relação aos limites temporais da declaração de inconstitucionalidade, temos como regra a aplicação dos efeitos *ex tunc*, mas a partir desta regulamentação da modulação temporal, admitem-se duas

exceções, sendo a primeira a aplicação de efeitos *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado da decisão nas ações de inconstitucionalidade, e, a segunda, a aplicação dos efeitos da decisão em qualquer momento escolhido pelo Tribunal Constitucional, sendo que em ambos os casos, a decisão de restringir os efeitos deve ser fixada por dois terços de seus ministros.

Note-se que a segunda exceção admite a fixação de uma data futura para atribuir eficácia à declaração de inconstitucionalidade, posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, devendo-se sempre levar em conta fortes razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Neste caso, a lei declarada inconstitucional continuará sendo aplicada dentro do prazo determinado pelo Tribunal. Importante destacar que o legislador não estabeleceu um limite temporal em que a lei inconstitucional será excepcionalmente aplicada, cabendo à Suprema Corte essa definição. Assim, na hipótese de fixação de prazo *pro futuro*, o STF deve levar em conta que o prazo a que se refere o artigo 27 tem o propósito de proporcionar ao legislador um tempo adequado para superar o modelo jurídico-legislativo considerado inconstitucional (MENDES, 2012, p. 1843).

3 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DAS AÇÕES DIRETAS

Conforme anteriormente relatado, não restam dúvidas que a promulgação das leis 9.868/99 e 9.882/99 significou um grande avanço no sistema pátrio do controle concentrado de constitucionalidade, em função da regulamentação dos aspectos processuais das ações diretas que anteriormente só eram disciplinadas de forma genérica pela Constituição e pelo Regimento Interno do STF, introduzindo no ordenamento jurídico importantes institutos, a exemplo da positivação do *amicus curiae*, possibilidade de concessão de medida cautelar, além da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Apesar disso, uma parte minoritária da doutrina constitucionalista⁷ tem se posicionado de forma crítica no que diz respeito a alguns aspectos processuais disciplinados pelas referidas leis, trazendo à baila a discussão sobre a inconstitucionalidade de alguns artigos, a exemplo do ocorre com o artigo 27 da Lei 9.868/99 e com o artigo 11 da Lei 9.882/99, os quais disciplinam o instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade.

Destacam alguns autores, entre eles Luis Roberto Barroso (2012, p. 37), que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade não admite que algum ato legislativo contrário à Constituição seja considerado válido, sendo que a invalidade do ato produz a nulidade ou a anulabilidade. Na hipótese de lei inconstitucional, deve-se aplicar a sanção mais grave, que é a de nulidade. Neste caso, as disposições contidas nos referidos artigos ferem o princípio constitucional implícito da nulidade da lei inconstitucional.

Outra questão de relevante controvérsia se concentra na indeterminação dos conceitos jurídicos “segurança jurídica ou excepcional interesse social”, requisitos materiais exigidos para a flexibilização dos efeitos retroativos, pois representam uma perigosa discricionariedade conferida à Suprema Corte, em função da abrangência e subjetividade destes termos.

Nesse particular, Lenio Streck (2002, p. 541) sustenta que:

⁷ Destacam-se, entre eles, Luis Roberto Barroso (2012), Ives Gandra Martins (2005), Lenio Streck (2002).

Está-se diante, pois, de uma espécie de “inconstitucionalidade por tempo certo” ou “inconstitucionalidade interrompida”, quebrando a tradição de dar efeito *ex tunc* às ações diretas de inconstitucionalidade. Tenho que a previsão acarreta uma série de problemas, a começar pela enorme discricionariedade que concede ao Supremo Tribunal Federal. Afinal, o que se pode entender por “excepcional interesse social”? E qual é o “outro momento” de que fala a lei?

Para Sergio Resende de Barros (2010), existem ainda outros dispositivos manifestamente inconstitucionais, destacando-se, entre eles, os contidos nos artigos 11, §2º; e 28, parágrafo único, ambos da Lei 9.868/99, em função de que estes não poderiam conferir a ADI e a ADC efeitos dos quais não contenham previsão na Lei Maior, pois tratando de matéria exclusivamente constitucional, acabam por invadir e subverter a competência normativa do Poder Constituinte.

Para Paulo Thomopoulos (2011), o argumento mais importante acerca da inconstitucionalidade da Lei 9.868/99, encontra guarida na Teoria Geral do Direito, mais precisamente no modelo piramidal Kelseniano, o qual afirma que toda norma jurídica depende necessariamente de outra norma hierarquicamente superior para retirar seu fundamento de validade. Neste caso, a referida lei, possuindo status de lei ordinária, não poderia ser utilizada como fundamento de validade de uma lei considerada inconstitucional.

Como se pode depreender, extenso é o debate acerca da inconstitucionalidade de alguns dispositivos regidos pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, porém, para que se possa analisar a matéria com mais profundidade, serão examinados a seguir os argumentos favoráveis e contrários ao instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e as controvérsias existentes em relação à regulamentação da ADPF.

3.1 OBJEÇÕES À MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

Como se sabe, a tradição do direito constitucional brasileiro sempre foi adepta ao postulado do princípio da nulidade da lei inconstitucional, sendo também este o entendimento seguido pela jurisprudência da Suprema Corte. O referido princípio, ora implícito na Carta Magna pelo desdobramento do princípio da

supremacia da Constituição, não admite que leis inconstitucionais possam produzir algum efeito válido, fazendo com que todas as decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma norma, tenham, necessariamente, efeitos *ex tunc*.

Nesse sentido, parte da doutrina se inclina pela inconstitucionalidade do dispositivo do artigo 27 da Lei 9.868/99 e do artigo 11 da Lei 9.882/99, pois os mencionados diplomas regulamentam a técnica de modulação temporal dos efeitos da decisão na ADI e ADPF, respectivamente, possibilitando a restrição da aplicação de efeitos *ex tunc*, podendo-se aplicá-lo *ex nunc* ou até mesmo *pro futuro*, violando o princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Nas palavras do ilustre Luis Roberto Barroso (2012, p. 32):

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

É no mesmo sentido a lição de Ives Gandra Martins (2005, p. 178):

Se uma norma tiver sido afastada do cenário jurídico nacional pelo vício maior da inconstitucionalidade, não há como considerar seus efeitos válidos, como se constitucional fosse no passado ou —o que é pior— mantê-los com validade ainda por um certo período de tempo, como ocorre no direito germânico, de conformação diversa do direito brasileiro.

Cumprido destacar que o artigo 27 da Lei 9.868/99 foi objeto de duas ADIs, nº 2.154 e 2.258, as quais foram apensadas e se encontram pendentes de julgamento no STF, aguardando voto-vista da Min. Carmem Lúcia. Importante salientar que em 16/08/2007 o Min. Relator Sepúlveda Pertence votou favorável ao pedido de declaração de inconstitucionalidade formal do artigo 27.

As referidas ações diretas de inconstitucionalidade possuem como fundamento para o pedido de inconstitucionalidade do artigo 27, a violação direta do princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88) e, indiretamente, do princípio da igualdade formal (art. 5º, I, da CF/88).

Vale registrar a transcrição do trecho de um dos fundamentos jurídicos do pedido de inconstitucionalidade do artigo 27, extraído da ADI 2.154 de autoria da Confederação Nacional das Profissões Liberais:

Todavia, no plano do exame formal de constitucionalidade, impede ressaltar que a proposição ora criticada só poderia ser legislada mediante emenda constitucional, não podendo ser objeto de lei ordinária, pois sua aplicação atinge todo o sistema jurídico do País, especialmente o princípio legalidade (art. 5º, inciso II, e art. 37, “caput”, da CF/88), que adquire nova feição: UMA LEI INVÁLIDA PASSA A SER “VÁLIDA”, POR DECLARAÇÃO DO STF, POR CERTO TEMPO. Por isso, trata-se de matéria exclusivamente constitucional.

Na petição inicial da ADI nº 2.258, proposta pelo Conselho Federal da OAB, argumentou-se que o princípio da nulidade da lei inconstitucional possui hierarquia constitucional, sendo esse também o entendimento da Suprema Corte. Acrescentou ainda na fundamentação jurídica que, durante os trabalhos na Assembleia Nacional Constituinte, o Senador Mauricio Corrêa propôs emenda ao projeto para incluir na Constituição prestes a ser promulgada, o seguinte dispositivo:

“Art. 127 (...) §3º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória.”

O projeto do então Senador Maurício Corrêa foi rejeitado, mantendo assim a orientação tradicional do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro quanto à nulidade da lei inconstitucional. Nesse aspecto, a rejeição do projeto com a consequente opção do legislador pela adoção do princípio constitucional da nulidade da lei inconstitucional corrobora com a fundamentação teórica da ADI 2.154, pois qualquer legislação que venha a disciplinar alguma atenuação deste princípio (matéria constitucional), só poderia ser editada, obrigatoriamente, por Emenda Constitucional, sob pena de usurpação de competência.

Conforme se pode depreender dos diplomas legais do artigo 27 da Lei 9.868/99 e do artigo 11 da Lei 9.882/99, há necessidade do preenchimento de dois requisitos para que se possam manipular os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, um material (segurança jurídica ou excepcional interesse social) e outro formal (voto favorável de no mínimo dois terços dos ministros do STF).

Em relação ao requisito material, os termos “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” representam conceitos jurídicos indeterminados, e por consequência, conferem ampla discricionariedade à Corte Constitucional ante a possibilidade de interpretar a norma com certa margem de valoração, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Acerca do tema, leciona Pacífico Saldanha (s.d):

O perigo apresentado pela abertura dos tipos indeterminados evidencia-se justamente na permissividade que é conferida ao aplicador do direito, na construção do sentido da norma. Tal circunstância pode dar margem à utilização do subjetivismo e da arbitrariedade, critérios nocivos ao processo interpretativo, pois propiciam a que o intérprete inspire-se pelo seu sentimento subjetivo ou pela sua opinião pessoal.

O autor prossegue explicando que expressão “excepcional interesse social” opõe-se com a necessidade de proteção da previsibilidade, prescrito pelo princípio da segurança jurídica, tornando inconstitucional o seu emprego, pois a utilização de um conceito imprevisível acaba por violar os próprios fundamentos do Estado de Direito. A impossibilidade de determinação do conceito de “excepcional interesse social” cria um contraste com o princípio constitucional da segurança jurídica, tornando necessário lançar mão de mecanismos que proporcionem previsibilidade e certeza da ordem jurídica. Acrescenta que, dada a margem de discricionariedade que estes conceitos conferem ao intérprete, sua aplicação requer uma ponderação entre valores, princípios, interesses e bens jurídicos, de acordo com critérios materiais fixados nas normas e princípios constitucionais.

Conclui o autor argumentando que frequentemente o STF tem aplicado o instituto da modulação temporal sem fazer uso da interpretação conforme a Constituição, utilizando-se de argumentos consequentialistas como ameaça de insolvência da fazenda Pública, dano à saúde financeira do Estado, necessidade de evitar acúmulo de ações de repetição do indébito, mitigando assim direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Já para Regina Nery Ferrari (2004, p. 163), é admissível que uma norma inconstitucional produza efeitos até que seja declarada como tal, mas é inaceitável que continue a produzir efeitos após a constatação do vício, ou seja, entende pela inconstitucionalidade parcial da disposição do artigo 27 que regulamenta a possibilidade de aplicação de efeitos *pro futuro*.

A aplicação do instituto da modulação temporal em sede de controle de constitucionalidade já foi alvo de crítica pelo STF em decisão do AgRg no AI nº 644.088/RJ de relatoria do Min. Marco Aurélio, conforme se demonstra:

COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – SUBIDA DE EXTRAORDINÁRIO. Incumbe ao relator do agravo de instrumento apreciá-lo, conhecendo-o ou não conhecendo, provendo ou desprovendo (artigos 544 e 545 do Código de Processo Civil). TRIBUTÁRIO – DESARMONIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – EFICÁCIA PROSPECTIVA – INADEQUAÇÃO. A fixação de efeito prospectivo a decisão no sentido da glosa de norma não compatível com a Constituição implica estímulo à edição de leis à margem da Carta da República, visando à feitura de caixa, com o enriquecimento ilícito por parte do Estado – gênero –, em detrimento dos contribuintes, que já suportam grande carga tributária. AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

Nessa esteira, são vastas as críticas a respeito da inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 e por consequência, do artigo 11 da Lei 9.882/99, sendo a opinião bem fundamentada de alguns pelo vício formal, outros pela própria matéria ou, ainda, pela inconstitucionalidade parcial na aplicação de efeitos *pro futuro*.

3.2 POSIÇÕES EM DEFESA DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA MODULAÇÃO

A introdução no ordenamento jurídico do instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão não significou que a teoria da nulidade adotada pelo direito brasileiro deixou de ser regra para virar exceção, haja vista que o princípio da nulidade só deve ser afastado em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

É pacífico o entendimento de que a norma inconstitucional não deve produzir efeitos, no entanto, as normas quando passam pelo crivo do controle preventivo de constitucionalidade, realizado pelo Poder Legislativo, gozam de presunção de constitucionalidade, passando a produzir efeitos, sedimentando as relações jurídicas permeadas por esta norma. Neste sentido, a aplicação irrestrita do princípio da nulidade acarreta uma série de consequências, como instabilidade das relações e

insegurança jurídica. Diante deste quadro, a manipulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei foi uma medida alternativa para não prejudicar interessados de boa-fé.

Gilmar Mendes (2007, p. 260), afirma que: “*a aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede, porém, a nosso ver, que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa*”. Argumenta ainda o autor que em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por vezes a aplicação da lei pode continuar sendo exigida pela Constituição mesmo após sua pronúncia de inconstitucionalidade. Isto ocorre nos casos em que a aplicação da lei inconstitucional mostra-se indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei.

Para Carlos Marcílio⁸, o artigo 27 não padece de inconstitucionalidade, haja vista que o referido diploma possui natureza meramente interpretativa com condão de apenas expressar a orientação que deriva do próprio sistema de controle de constitucionalidade e da interpretação sistemática da ordem constitucional. Assim, desprovido de natureza constitutiva, o referido dispositivo não inaugurou a possibilidade de restrição dos efeitos temporais, pois a Corte Suprema já vinha aplicando o instituto mesmo antes da Lei 9.868/99. Afirma ainda, que não encontra respaldo jurídico o argumento de que a matéria a respeito da restrição dos efeitos temporais deveria ser veiculada por Emenda Constitucional, pois entende que é competência do STF fazer uso de tal possibilidade sendo esta atribuição conferida pela própria Constituição.

Por seu turno, Regina Nery Ferrari (2004, p. 290), entende pela inconstitucionalidade da aplicação de efeitos *pro futuro*, defendendo o raciocínio de que a norma quando ingressa no mundo jurídico, possui presunção de validade, vinculando a sua observação, até que a inconstitucionalidade venha a ser declarada pelo órgão competente. Assim, a norma que apresenta algum tipo de conflito com a Constituição, não é nula nem anulável, e a sentença que reconhece esta situação é constitutiva negativa, declarando-a inconstitucional e, por certo, sua invalidade. Os

⁸ MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. *Constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99*. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/218/179>> Acesso em: 19 mai. 2018.

efeitos desta decisão podem retroagir ao seu nascedouro, mas, em regra, estes efeitos devem ser *ex nunc*.

Para Elival da Silva Ramos (2010, p. 297), diante das consequências drásticas que a sanção de nulidade provoca nas situações já consolidadas na vigência da norma inconstitucional, entende que os órgãos de controle (STF no Brasil) devem preservar alguns atos praticados, em atenção a determinados princípios constitucionais igualmente dignos de tutela, como a coisa julgada, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana. Acrescenta ainda que isto não enseja a uma atenuação da nulidade cominada ou convalidação parcial do ato legislativo inconstitucional, mas sim a preservação de situações consolidadas sob a égide desta norma presumidamente constitucional e portanto aplicável.

Nesse mesmo sentido, a decisão do Tribunal Pleno do STF datado de 09/09/2010 no julgamento da ADI 3.601 consignou a respeito da constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.869/99 e da necessidade de modulação dos efeitos. Os embargos de declaração foram opostos pelo Governador do Distrito Federal contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade da Lei distrital 3.642/05 que dispõe sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, em função da violação ao artigo 21, XIV, da CF/88. Argumentou o embargante que, dada à relevância da matéria, e, a presença de graves razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, recomenda-se a outorga de eficácia meramente prospectiva (*ex nunc*). Os presentes embargos foram providos concedendo eficácia a partir da data da publicação do acórdão.

Vale destacar que na fundamentação do voto, o Min. Relator Dias Toffoli ressaltou a importância do instituto da modulação temporal no ordenamento jurídico, como se pode verificar:

Bem se sabe que o art. 27 da Lei 9.868 inovou significativamente no que concerne aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, afastando-se de um modelo rígido e absoluto do princípio da nulidade da lei inconstitucional; inovação, a meu ver, imprescindível para que esta Corte possa cumprir, efetivamente, sua missão de guardar a Constituição.

Na mesma linha de raciocínio, Daniel Sarmiento (2001, p. 125) prestigia a autorização legislativa estatuída no artigo 27 da Lei 9.868/99:

A inovação introduzida pelo artigo 27 da Lei 9.868/99 é, em linha geral, digna de encômios, na medida que outorgou ao STF os poderes necessários para que este tenha como exercer, a contento, a

sua missão de guardião da Lei Maior. Na verdade, o Supremo Tribunal, no exercício da sua magna função de protetor da Constituição, não pode quedar-se indiferente às consequências dos seus julgados. Como averbou Karl Larenz, “ao Tribunal Constitucional incube uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estatal e da sua capacidade de funcionamento. [...]. De fato, é possível que uma norma legal se revele incompatível com a Constituição, mas que a sua supressão do universo jurídico, sobretudo quando realizada de forma retroativa, cause danos mais lesivos aos interesses e valores obrigados na ordem constitucional, do que a sua manutenção provisória”.

Sustenta ainda o autor, que a aplicação indiscriminada da regra da nulidade das leis inconstitucionais gera situações de difícil ponderação, de verdadeiro caos jurídico ou de injustiça flagrante, provocando enorme insegurança para aqueles que fundamentarem suas relações jurídicas na lei inconstitucional. Acrescenta ainda, que nada impede que uma norma seja reconhecida inconstitucional somente anos depois de sua entrada em vigor, após inúmeros atos praticados sob sua égide, podendo afetar outros interesses e valores tutelados pela Constituição. Conclui que o princípio da proporcionalidade possibilita a aplicação de efeitos *ex nunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade sempre que, for utilizado para garantir a sobrevivência do interesse contraposto, não havendo solução menos onerosa para proteger o interesse envolvido e desde que o benefício alcançado com a restrição dos efeitos compense o sacrifício ao bem jurídico que seria integralmente resguardado, caso a decisão produzisse seus efeitos naturais.

Em relação às expressões “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, as quais se revelam conceitos jurídicos indeterminados, consideradas por alguns autores como fonte de ampla e perigosa discricionariedade aos julgadores, Regina Nery Ferrari (2004, p. 307) desenvolve estes conceitos trazendo luz ao tema. Qualifica a primeira expressão como um princípio constitucional implícito, extraído principalmente do parágrafo 2º, do artigo 5º, os quais decorrem dos direitos e garantias fundamentais e da essência do Estado Democrático e Social de Direito. Quanto à segunda expressão, acentua que o *excepcional interesse social* está condicionado ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais constituem parâmetros para flexibilização dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade (p. 317).

Assim, assevera a autora que o afastamento da eficácia retroativa só deve acolhido quando demonstrado, através de uma ponderação concreta, que sua adoção provocaria um sacrifício excessivo para a segurança jurídica ou para o

excepcional interesse social, desproporcional a carga coativa das consequências da imposição dos efeitos *ex tunc*.

3.3 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA REGULAMENTAÇÃO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A ADPF ingressa na ordem jurídica na Constituição da República de 1988, na forma de norma de eficácia limitada, dependente de norma regulamentadora, com previsão no artigo 102, §1º:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A referida ação foi posteriormente regulamentada pela Lei 9.882/99, possuindo como objeto principal a tutela da prevenção ou reparação de lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público ou ainda, numa segunda hipótese, quando for relevante a controvérsia constitucional de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores a Constituição.

Consideram alguns autores que esta segunda possibilidade de propositura da ADPF não está prevista no texto constitucional, fazendo com que o legislador ordinário ultrapassasse os limites definidos pela Lei Maior.

Para Sérgio Resende de Barros (2010), a Lei 9.882/99 criou uma ação constitucional com alcance e efeitos não previstos pela Constituição, extrapolando a regulamentação legislativa do artigo 102, §1º. Considera que a referida lei padece totalmente de inconstitucionalidade, por transformar uma simples arguição de preceito fundamental em verdadeira ação de inconstitucionalidade, com substância, forma, eficácia e efeitos não previstos, como é o controle de constitucionalidade de leis municipais, eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Esta ausência de previsão na Lei Maior também foi um dos argumentos aduzidos no pedido de declaração de inconstitucionalidade da ADI 2.231⁹ proposta

⁹ Com fundamento na ausência de previsão semelhante no §1º do art. 102; ofensa aos princípios do devido processo legal e do juiz natural; violação ao princípio do Estado democrático e da separação dos poderes; violação do princípio da legalidade, respectivamente.

pelo Conselho Federal da OAB, a qual se encontra pendente de julgamento. Acrescentou-se ainda na petição inicial, a existência de relevante controvérsia a respeito de outros dispositivos considerados inconstitucionais, os quais se encontram insculpidos no §3º do artigo 5º; no artigo 10, *caput*, e parágrafo 3º; e no artigo 11, todos da Lei 9.882/99.

No que diz respeito ao §3º do artigo 5º, argumenta-se na peça inaugural que o mencionado diploma ofende, além do §1º do artigo 102 da CF/88, outros princípios constitucionais, visto que a concessão de medida liminar determinando que juízes e tribunais suspendam os processos configura concentração imprópria de poderes, afrontando o princípio do devido processo legal¹⁰ e a advocatária de processos sem que estes tenham percorrido todas as etapas constitucionalmente estabelecidas, representa violação ao princípio do juiz natural¹¹. Consideram ainda, que a Constituição não admite essa competência extraordinária do STF, e se esta fosse a vontade do constituinte, somente por emenda à Constituição se poderia ampliar a competência originária da Suprema Corte.

Quanto ao efeito vinculante, insculpido no artigo 10, §3º, aduziu o Conselho Federal da OAB na ADI 2.231 que o referido dispositivo, na medida em que autoriza o STF a determinar as condições e o modo de aplicação e interpretação do preceito fundamental por parte da Administração Pública, acaba por invadir a competência do poder executivo, afrontando o princípio da divisão de poderes da república (artigo 2º da CF/88) e o regime democrático (artigo 1º da CF/88).

Regina Nery Ferrari (2004, p. 490-491), expõe que o legislador reformador ao editar a Emenda Constitucional 3/93, atribuiu efeitos vinculantes à ADC, porém não o estendeu em relação à ADPF, de modo que este silêncio normativo não deva ser interpretado como omissão. Aduz que a vontade do legislador foi dirigida a este fim, ou seja, de não conferir o efeito vinculante às decisões na arguição.

Outra questão relevante diz respeito ao sentido e ao alcance do termo preceito fundamental, a qual constitui o parâmetro de controle de constitucionalidade, pois nem a Constituição e tampouco a legislação ordinária cuidaram de determinar quais os preceitos fundamentais que seriam objetos de tutela da referida ação constitucional, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência a incumbência desta tarefa.

¹⁰ Artigo 5º, LIV, da CF/88.

¹¹ Artigo 5º, XXXVII, da CF/88.

Gilmar Mendes (2007, p. 83) esclarece que: *é o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema.* Destarte, considera o autor que estão estabelecidos na qualidade de preceitos fundamentais extraídos da Constituição, os direitos e garantias individuais constantes no artigo 5º e os princípios protegidos pela cláusula pétrea do artigo 60, §4º: o princípio federativo, a separação de poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico. Explica ainda que estão também neste rol exemplificativo os chamados princípios sensíveis do artigo 34, VII.

Para Elival da Silva Ramos (2010, p. 324), a tarefa de indicar as hipóteses de cabimento e os efeitos da ADPF caberia ao próprio constituinte, em função do interesse em instituir um instrumento processual para garantir o cumprimento da Lei Maior no que diz respeito à sua espinha dorsal, ou seja, os seus preceitos fundamentais, cabendo ao legislador ordinário apenas delinear o instituto. Em consequência disto, a norma regulamentadora do instituto foi editada com uma disciplina normativa com muitas lacunas e ambiguidades. Amostra disto, o §1º, do artigo 4º, insere o requisito da subsidiariedade, determinando que a ação não será admitida quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Para o autor, *“a arguição é cabível sempre, absolutamente sempre, que houver violação de preceito constitucional fundamental”*, pois *“o instituto não se contém em área residual porque a compreensão da Lei Maior não oferece qualquer indício para que se possa interpretar dessa maneira”*. Considera que o dispositivo mencionado não se torna inconstitucional se receber uma interpretação harmonizadora, o qual poderia assim ser entendido:

[...]a interpretação válida da Lei só pode ser encontrada no sentido de considerar ter o legislador pretendido propiciar o cabimento da arguição *também* em todos os demais casos em que o descumprimento de preceito constitucional fundamental não possa ser sanado por não encontrar via adequada.

Noutro giro, a despeito do disposto no artigo 2º, §1º, da Lei 9.882/99, o qual estabelece a possibilidade de propor a arguição incidental por intermédio do Procurador-Geral da República, suscitam-se controvérsias a respeito da constitucionalidade do referido dispositivo, em função de que o artigo 102, I, a, da CF/88, não incluiu no rol taxativo de matérias sujeitas ao controle concentrado de

constitucionalidade, leis e atos normativos municipais, além do entendimento consolidado pela jurisprudência do STF no sentido da impossibilidade, em sede de controle abstrato, de fiscalização de matérias pré-constitucionais (FIGUEIREDO, p. 14-15).

A regulamentação infraconstitucional da ADPF também previu o instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão quando o preceito fundamental violado for resultante de lei ou ato normativo, matéria que recebeu disciplina no artigo 11, tendo como requisitos os mesmo elencados na regulamentação da ADI, segurança jurídica ou excepcional interesse social, além de quórum qualificado de voto favorável de dois terços dos membros do STF.

A despeito da dissonância do artigo 11 com a Constituição, Ives Gandra Martins (2001, p. 178) afirma que:

O artigo 11, portanto, nitidamente afronta a tradição do direito brasileiro de que a norma ou é constitucional ou não o é. Sendo dedicado a disciplinar à declaração final de inconstitucionalidade -- pois se refere ao processo de arguição de preceito fundamental -- o dispositivo fere o direito brasileiro e a própria orientação da Suprema Corte de que ou as normas são constitucionais e têm eficácia, ou são inconstitucionais e não têm eficácia.

Nesse sentido, conclui expondo seu entendimento pela inconstitucionalidade do dispositivo do artigo 11, o qual vai contra toda a tradição do direito brasileiro e a jurisprudência do Supremo Tribunal, ao atribuir eficácia de norma constitucional à lei declarada inconstitucional, conferindo efeito *ex nunc* à decisão que declara a inconstitucionalidade ou ainda protelando para o futuro este efeito.

Em suma, não se pode negar a importância da introdução da ADPF na ordem constitucional, a qual representa um potencial instrumento de fiscalização abstrata e concreta de constitucionalidade, voltada para garantir a supremacia da Constituição e a tutela dos preceitos fundamentais. Todavia, o instituto da ADPF foi integrado ao texto constitucional de forma genérica, com baixa densidade normativa, necessitando obrigatoriamente de legislação especial para receber toda a regulamentação.

A Lei 9.882/99, mais de dez anos depois de sua previsão constitucional, integralizou a disciplina normativa do instituto e regulamentou sua utilização. No entanto, muitas foram as controvérsias a respeito de sua regulamentação, especialmente no que se refere a disciplina de matérias não previstas pelo

constituente que possivelmente extrapolam os limites pré-estabelecidos no artigo 102, §1º da Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, foram analisados os principais aspectos da regulamentação infraconstitucional do controle concentrado de constitucionalidade, a qual foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pelas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, trazendo significativas alterações no processamento e julgamento das ações do controle pela via principal. Para tanto, foram verificados os principais fundamentos do controle de constitucionalidade, desde a origem do constitucionalismo, apresentando sua evolução no contexto histórico brasileiro até a sua presente configuração.

O estudo mais detalhado dos principais artigos das referidas leis, bem como da jurisprudência da Suprema Corte em relação aos aspectos procedimentais das ações, foram primordiais para o entendimento e análise das principais controvérsias existentes a respeito da compatibilidade da regulamentação do controle concentrado com a Constituição.

O controle de constitucionalidade representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito bem como um importante mecanismo para coibir eventuais desvios normativos ou atos do Poder Público eivados de inconstitucionalidade, assegurando a supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Com a promulgação da Constituição de 1988, ampliou-se de forma expressiva a via direta do controle de constitucionalidade, a partir da ampliação do rol de legitimados, permitindo o ajuizamento de praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes perante o STF.

Nesse sentido, a importância do presente trabalho ficou evidenciada na verificação da compatibilidade da regulamentação infraconstitucional com a Constituição, especialmente do aspecto mais controverso que diz respeito ao instituto da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, previsto e regulamentado pelas duas leis que disciplinam o controle abstrato. Muitos são os argumentos aduzidos a favor e contra a regulamentação e aplicação do instituto, dividindo a doutrina em duas correntes, de um lado os adeptos da teoria da nulidade e do outro da teoria da anulabilidade da lei inconstitucional. Do exame que foi precedido, analisando os fundamentos que embasam as teorias contrapostas, algumas conclusões podem ser extraídas.

Em relação ao dogma da nulidade absoluta da norma inconstitucional, argumenta a doutrina que o princípio da nulidade encontra-se implícito na Constituição, extraído do controle difuso de constitucionalidade e também da orientação da Suprema Corte de negar eficácia às normas inconstitucionais, concluindo que a tradição do direito brasileiro adotou a teoria da nulidade. Assim, parte da doutrina entende que o sistema pátrio é incompatível com a teoria da anulabilidade, defendendo a aplicação irrestrita dos efeitos retroativos à decisão que declara a inconstitucionalidade, posicionando-se pela inconstitucionalidade material dos artigos 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99, os quais regulamentam o instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão.

Nesse ponto, com respeito aos adeptos desta corrente, parece não haver consistência a tese a favor da inadmissibilidade da aplicação de efeitos prospectivos, pois, em que pese o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade ter adotado a teoria da nulidade, não significa que a extinção de todos os efeitos gerados pela norma inconstitucional seja indispensável para assegurar a supremacia da Constituição. Nesse sentido, vê-se como adequada, pelo menos em relação ao plano do exame material de constitucionalidade, a regulamentação legislativa autorizando a Suprema Corte a manipular os efeitos da norma inconstitucional em situações que podem ocasionar insegurança jurídica ou representar excepcional interesse social.

Nesta esteira, entende-se que a aplicação indiscriminada do dogma da nulidade pode ferir outros princípios constitucionalmente protegidos, causando, por vezes, maiores prejuízos do que aceitar como válidos os efeitos já produzidos por uma norma inconstitucional. Acrescenta-se ainda, o fato de que o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade é imprescritível, com possibilidade de reconhecimento do vício de inconstitucionalidade a qualquer tempo, podendo provocar um fator de insegurança jurídica, na medida em que não se pode exigir dos jurisdicionados que se faça uma análise da constitucionalidade da lei antes de pautarem nela suas relações jurídicas, haja vista que todas as normas nascem com presunção de constitucionalidade.

Noutro sentido, em relação ao plano do exame formal de constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, entende-se correto o raciocínio de que a restrição dos efeitos temporais da decisão diz respeito à matéria exclusivamente constitucional, não podendo ser objeto de legislação ordinária, pois o princípio da nulidade está

implicitamente inserido na Constituição, na medida em que não há disposição expressa no sentido da sanção a ser aplicada em consequência da inconstitucionalidade, importando em concluir que o silêncio do legislador constituinte significa que deve ser aplicada a sanção mais grave, ou seja, a declaração de nulidade da norma viciada. Embora não exista no ordenamento jurídico pátrio um rol elencando ou pelo menos exemplificando as matérias que necessariamente devem ser veiculadas por Emenda Constitucional, a flexibilização de um princípio com hierarquia constitucional somente poderia ser realizada mediante Emenda Constitucional. Consequentemente, defende-se, salvo melhor juízo, a inconstitucionalidade formal dos dispositivos dos artigos 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99, em função da usurpação de competência do legislador ordinário em relação ao legislador constituinte.

As principais controvérsias existentes em relação à regulamentação legislativa da ADPF, disciplinada pela Lei 9.882/99, dizem respeito aos aspectos do alcance, eficácia e efeitos da decisão, os quais não foram previstos pela Constituição, como é o caso de controle de leis municipais ou leis anteriores à Constituição e aos efeitos *erga omnes* vinculante.

Não obstante o §1º do artigo 102 da CF/88 não tenha previsto estes aspectos, entende-se que a intenção do legislador constituinte não foi exaurir toda a matéria referente à regulamentação da ADPF, deixando clara a delegação desta tarefa ao legislador ordinário quando expressou que a arguição de descumprimento de preceito fundamental será apreciada pelo STF “nos termos da lei”, característica esta que o legislador constituinte não conferiu à ADI e nem à ADC. Embora a EC 3/93 pudesse ter instituído efeitos vinculantes à ADPF, como fez em relação à ADC, preferiu deixar a cargo da lei ordinária dispor sobre os aspectos procedimentais.

Assim, com relação ao objeto da ADPF, entende-se que o legislador constitucional conseguiu suprir a lacuna existente no âmbito do controle concentrado na medida em que não existia a possibilidade do STF realizar diretamente o controle de constitucionalidade de leis municipais ou anteriores à Constituição.

Quanto aos efeitos conferidos à ADPF, são estes próprios do sistema de controle concentrado, pois a Suprem Corte possui a função de uniformizar controvérsias constitucionais de fundamento relevante, na medida em que os efeitos contra todos e vinculante proporcionam maior segurança jurídica.

Desse modo, conclui-se pela compatibilidade formal e material da Lei 9.882/99, com exceção apenas do artigo 11 o qual disciplina o instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão, que semelhantemente ao artigo 27 da Lei 9.868/99, salvo melhor juízo, padece de inconstitucionalidade formal por regulamentar matéria de competência exclusiva do legislador constitucional.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Fabiola Souza. *A atuação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade: mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43989&seo=1>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

BARROS, Sergio Resende de. *Inconstitucionalidade das Leis 9868/99 e 9882/99*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/inconstitucionalidade-das-leis-9868-99-e-9882-99.cont>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 14 set. 2017.

_____. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 14 set. 2017.

_____. *Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm> Acesso em: 14 set. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *O Controle de Constitucionalidade e sua legitimidade democrática ante o novo paradigma do Estado Democrático de Direito. Breves Anotações. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: JusPodivm, 2006.

DORNELES, Tatiana Poltosi. *O controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1528>. Acesso em abr 2018.

DOUGLAS, William. *Lei 9.868/99 – comentada*. Disponível em: <http://renatobernardi.files.wordpress.com/2011/06/lei_9868_comentada1.pdf> Acesso em: 17 fev. 2018.

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

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: principais aspectos materiais e procedimentais*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/647730> Acesso em: 24 mai. 2018.

GOMES, Anderson Ricardo. *Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: Relativização da teoria da nulidade do ato contrário à Constituição*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D13879%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7920&revista_caderno=9>. Acesso em abr. 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. *Constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99*. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/Cadernovirtual/article/viewFile/218/179>> Acesso em: 19 mai. 2018.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários a Lei n. 9.868, de 10-11-99*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

MENDES, Gilmar. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar. *Controle de Constitucionalidade – uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892451>> Acesso em: 14 set. 2017.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª Ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2003.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de direito constitucional descomplicado*. 9ª Ed. São Paulo: Método, 2015.

RAMOS, Edival da Silva; *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALDANHA, Pacífico Luiz. *A modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e os direitos do contribuinte*. [s.d.] Disponível em: < http://www.pacificosalदानha.com.br/artigos/art_a_modulacao.pdf> Acesso em: 15 mai. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no controle de Constitucionalidade*. In: SARMENTO, Daniel (Org). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 541.

THOMOPOULOS, Paulo Constantino. *Avaliação crítica sobre a postura do STF acerca da competência para manipular, na forma do art. 27 da lei nº 9.868/99, os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 07 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31439&seo=1>>. Acesso em: 16 maio 2018.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade* – 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.