

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

LUCIANA CAMPANELLI ROMEU

**A APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

FRANCA

2011

LUCIANA CAMPANELLI ROMEU

**A APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Tosetti Barruffini.

FRANCA

2011

LUCIANA CAMPANELLI ROMEU

**A APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito do Estado

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. José Carlos Tosetti Barruffini

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2011.

O presente trabalho é dedicado:

Aos meus pais.

Aos meus alunos e orientandos.

Aos seus futuros leitores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter iluminado todo o caminho que trilhei.

Aos meus pais, Lidia e Ricardo, pelo apoio à minha decisão de cursar o mestrado, pelas oportunidades e lições de vida.

Ao Professor Doutor José Carlos Tosetti Barruffini, pelos seus preciosos ensinamentos e pela sua postura democrática e cordial. Obrigada pela orientação, realizada com profundidade e maestria. Deixo meu carinhoso reconhecimento por tudo.

Aos Professores Doutor Alexandre Walmott Borges e Doutor Élcio Trujillo, pelos ensinamentos como docentes e pesquisadores.

Aos Professores Doutor José Carlos de Oliveira e Doutor José Duarte Neto, pela participação no exame geral de qualificação, com valiosas críticas e sugestões ao presente trabalho.

Aos Professores Doutor Alfredo José dos Santos, Doutor Paulo César Corrêa Borges e Doutor Carlos Eduardo de Abreu Boucault pela seriedade do trabalho desenvolvido, com muita dedicação, na coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - Campus de Franca.

Ao Doutor Augusto Martinez Perez, pelos seus ensinamentos e pelo incentivo em cursar o Mestrado, pela sua postura ativa e com retidão de caráter.

Aos funcionários do Curso de Pós-Graduação e da Biblioteca da UNESP, em especial Ícaro Henrique Ramos e Laura Jardim, pela enorme paciência, presteza e dedicação, durante toda a empreitada.

A todos os meus amigos, que participaram dessa importante fase da minha vida, com fundamentais manifestações de estímulo e confiança.

Um grito pula no ar como foguete.
Vem da paisagem de barro úmido, calíça e andaimes hirtos.
O sol cai sobre as coisas em placa fervendo.
O sorveteiro corta a rua.

E o vento brinca nos bigodes do construtor”.

Carlos Drummond de Andrade
(Construção)

ROMEY, Luciana Campanelli. **A aplicação da modulação pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade**. 2011. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

RESUMO

O presente estudo trata da modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade, especificamente sobre sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Iniciamos com a abordagem sobre o vício da inconstitucionalidade e a sanção a ele cominada, recorrendo sobre a supremacia da Constituição, a nulidade e anulabilidade do ato inconstitucional, bem como, sobre a aplicação da tese da anulabilidade pelo Supremo Tribunal Federal antes de sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Os artigos 27 e 11, das Leis 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente, foram objeto de capítulo específico, com abordagem da modulação no ordenamento jurídico brasileiro, e a constitucionalidade formal e material destes dispositivos. Em outro capítulo apreciamos os julgados do Supremo Tribunal Federal em que o instituto em testilha foi discutido. Visamos à aplicação da modulação de forma a garantir a supremacia da Constituição, e, outrossim, propusemos limites à sua aplicação.

Palavras-chave: modulação temporal. supremacia da Constituição. aplicação da modulação pelo STF. limites à aplicação da modulação.

/

ROMEU, Luciana Campanelli. **A aplicação da modulação pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade.** 2011. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

ABSTRACT

This present study addresses the temporal modulation effects in the control of constitutionality, specifically on their application by the Federal Supreme Court. We start with the approach to the unconstitutional vice and the sanction applied to it, discoursing about the supremacy of the Constitution, the nullity and annulment of the unconstitutional act, as well as, on the application of the theory of nullity by the Federal Supreme Court before its legal prevision in the Brazilian legal system. The articles 27 and 11 of Law 9.868/99 and 9.882/99, respectively, were the subject of specific chapter, with the approach about the modulation in the Brazilian legal system, and the formal and material constitutionality of these provisions. In another chapter we appreciate the decisions of the Federal Supreme Court in which the institute in case was discussed. We aim to apply the modulation of form to ensure the supremacy of the Constitution, and, also, we proposed limits to its application.

Keywords: temporal modulation. supremacy of the Constitution. application of the modulation by the Federal Supreme Court. limits to the application of modulation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
 CAPÍTULO 1 A INCONSTITUCIONALIDADE: VÍCIO E SANÇÃO.....	11
1.1 A Supremacia da Constituição	11
1.2 A Inconstitucionalidade: Vício.....	16
1.3 Sanção Cominada ao Ato Inconstitucional.....	19
1.3.1 Nulidade.....	19
1.3.2 Anulabilidade.....	22
1.3.3 Aplicação da Sanção da Anulabilidade pelo Supremo Tribunal Federal antes das Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99	24
 CAPÍTULO 2 MODULAÇÃO E OS ARTIGOS 27 DA LEI Nº 9.868/99 E 11 DA LEI Nº 9.882/99	28
2.1 A Modulação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	28
2.2 Constitucionalidade dos Artigos 27 da Lei n. 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99.....	34
2.3 Modulação Temporal dos Efeitos no Controle Difuso	40
 CAPÍTULO 3 A APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO ARTIGO 27 DA LEI Nº 9.868/99 E O ARTIGO 11 DA LEI 9.882/99 NO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	43
3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.458.....	43
3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.907.....	44
3.3 Recursos Extraordinários n. 197.917 e n. 266.994	45
3.4 Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.615, n. 2.240, n. 3.316 e n. 6.983, n. 3.689.....	46
3.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.022.....	52
3.6 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.660.....	53
3.7 Recurso Extraordinário n. 442.683.....	53
3.8 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.819.....	55
3.9 Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 875, n. 1.987, n. 3.243 e n. 2.727	55
3.10 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.501.....	57

3.11 Habeas Corpus n. 82.959.....	58
3.12 Recurso Extraordinário n. 586.453.....	59
3.13 Recursos Extraordinários n. 559.943-4, n. 559.882-9, n. 560.626-1 e n. 556.664-1...	61
3.14 Recurso Extraordinário n. 363.852.....	63
3.15 Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.001 e n. 4009.....	64
3.16 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923.....	66
3.17 Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3601.....	67
3.18 Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 500171.....	68
3.19 Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4375 e n. 4391.....	69
3.20 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4125.....	70
 CAPÍTULO 4 LIMITES À APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO	72
4.1 Cláusulas Pétreas	73
4.1.1 <i>Direitos</i> Fundamentais.....	74
4.1.1.1 Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada.....	75
4.1.1.2 Retroatividade da Lei Penal mais Benéfica	81
4.1.1.3 Retroatividade da Lei Tributária que Comina Sanção Menos Severa.....	83
 CONCLUSÃO.....	87
 REFERÊNCIAS.....	91

INTRODUÇÃO

Inegável a evolução do controle de constitucionalidade nos últimos vinte anos. Tal aprimoramento se inicia com a Constituição Federal de 1988 que ampliou a legitimidade para propositura da ação direta de constitucionalidade (cujo monopólio era atribuído ao Procurador Geral da República) e criou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dentre outras inovações. Cinco anos após, a Emenda Constitucional n. 03 de 1993 introduziu a ação declaratória de constitucionalidade com efeito vinculante. Onze anos após o novo Texto Fundamental, as Leis n. 9.868/99 (regulamentando o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade) e n. 9.882/99 (regulamentando o procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental) trouxeram relevantes assuntos, consagrando entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre diversas questões. A Emenda Constitucional n. 45/2004, constitucionalizou o efeito vinculante da ação direta de inconstitucionalidade (antes previsto na Lei 9.868/99) e ampliou a legitimidade da ação declaratória de constitucionalidade.

As Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99, por meio dos seus artigos 27 e 11, respectivamente, estabelecem que 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 2/3 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. Eis o instituto da modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade, objeto de nosso trabalho.

Buscaremos apreciar a modulação, seu conceito, sua compatibilidade com a Constituição, a aplicação pelo Supremo Tribunal Federal e estabelecermos alguns limites (rol meramente taxativo) da sua incidência, amparados pelo Texto Maior, visando à supremacia da Constituição.

CAPÍTULO 1 A INCONSTITUCIONALIDADE: VÍCIO E SANÇÃO

Tecidas estas breves considerações introdutórias acerca da modulação, necessárias algumas palavras acerca da supremacia da Constituição, do vício da inconstitucionalidade, bem como das sanções cominadas ao ato inconstitucional.

1.1 A Supremacia da Constituição

As normas constitucionais preponderam diante das outras normas jurídicas do ordenamento jurídico, de maneira que estas últimas devem ser organizadas e interpretadas tendo em vista as primeiras.

Eis o Princípio Constitucional da Supremacia da Constituição¹, extraído por dedução do contexto de diversas normas constitucionais em vigor no Brasil, como os artigos 60², 23, I³, 85, *caput*⁴, 102⁵ e 103⁶, dentre outros.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 50.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. p. 1 (Anexo). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2011. “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

³ Ibid. “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; [...]”

⁴ Ibid. “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.”

⁵ Ibid. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o “habeas-corpus”, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o “habeas-data” contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-

Vale observar os vários conceitos de Constituição, elencados por José Carlos Tosetti Barruffini:

A Constituição constitui o ponto de partida da ordem jurídica positiva. Em todo Estado existe alguma instância decisória competente em casos críticos de conflito de interesses ou de poderes. Esta situação de conjunto da unidade política e ordenação social se pode chamar Constituição. O Estado cessaria de existir se cessasse esta Constituição, esta unidade e ordenação. Diríamos

Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; II - julgar, em recurso ordinário: a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.. § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 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. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁶ Ibid. “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. § 4.º - (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

que sua Constituição é sua alma, sua vida concreta, e sua existência individual. Observa-se que, nos filósofos gregos, Constituição tem este sentido. Segundo Aristóteles, o Estado é uma ordenação da vida comum naturalmente dada aos homens de uma cidade ou de um território. Isócrates (Areópago, 14) chama a Constituição de alma da *polis*. Numa segunda significação, Constituição é uma maneira especial de ordenação política e social. Aqui, Constituição é, segundo os autores, ‘forma das formas’, *forma formarum*. Neste sentido se empregou a palavra ‘Estado’ em toda a Idade Média e no século XVIII. Numa terceira significação, Constituição é um princípio dinâmico da unidade política do fenômeno da contínua renovação desta unidade. Aqui se entende o Estado, não como algo existente, em repouso estático, mas, sim, como algo surgindo sempre de novo. Dos distintos interesses contrapostos, opiniões e tendências, deve formar-se diariamente a unidade política.⁷

Conforme José Afonso da Silva, “[...] princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição.”⁸

A supremacia da constituição está na base da fundamentação teórica do controle de constitucionalidade. Ela pode ser decomposta em supremacia material e supremacia formal, para assim, identificar qual das duas a instituição do controle se conecta.⁹

A supremacia material, também denominada supremacia substancial, diz respeito à sujeição, pelo Poder Público e pelos particulares, aos ditames constitucionais, tendo em vista a consciência da importância destes, independentemente da forma especial com que tenham sido promulgadas.

Já a supremacia formal ou jurídica, é decorrência da rigidez constitucional. Ela se refere à superioridade hierárquica das normas (princípios e regras) de uma Constituição rígida tendo em vista as demais normas do ordenamento jurídico do Estado.

José Cretella Júnior ensina que “[...] somente nas hipóteses de Constituição rígida é que se pode aludir à supremacia formal da Constituição.”¹⁰

⁷ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Revolução e poder constituinte**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. p. 15-16.

⁸ Para Kelsen, citado por Regina Macedo Nery Ferrari, “[...] uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa.” FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. Assim, “[...] todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.” SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 50.)

⁹ Cf. RAMOS, Elival da Silva Ramos. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 23.

Neste sentido, discorre Elival da Silva Ramos:

O que importa, entretanto, é deixar patenteado que a rigidez e a supremacia (formal) das normas constitucionais estão umbilicalmente ligadas, devendo-se entender a supremacia hierárquica, simultaneamente, como regra estrutural (do ordenamento) e como um princípio constitucional, inferido, enquanto tal, das normas agasalhadoras da rigidez e do controle de constitucionalidade.¹¹

A Constituição, quanto a sua estabilidade é rígida, ou seja, permite alterações de seu texto se observadas regras fixadas em seu próprio texto (artigo 60¹²), regras mais rígidas que às regras impostas às demais normas infraconstitucionais. Vale observar que, conforme Alexandre de Moraes, a Constituição de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável pelo poder constituinte derivado (CF. art. 60, §4º-cláusulas pétreas).¹³

Em razão da maior dificuldade para modificação de suas normas, que não podem ser alteradas pela simples edição de leis infraconstitucionais, a Constituição rígida é considerada a lei suprema do país, *a lex legum* (a lei das leis), localizada no ápice da pirâmide normativa do Estado, da qual todas as demais leis e atos normativos necessariamente extraem seu fundamento de validade. Aliás, não só atos normativo, como todos os demais atos do Poder Público (administrativos e jurisdicionais), além dos atos particulares.

Conforme leciona Celso Ribeiro Bastos:

Apenas as Constituições rígidas são modificáveis por um procedimento especial, posto que as flexíveis não vêm duplicidade de processos legislativos, nenhuma diferença formal apresentando tanto a atividade legislativa ordinária quanto a constitucional.¹⁴

¹¹ RAMOS, Elival da Silva Ramos. **A inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 60.

¹² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

¹³ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 41.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 51.

Clèmerson Merlin Clève afirma: “[...] a rigidez constitucional decorre da distinção entre o Poder Constituinte (ainda que derivado) e os Poderes Constituídos. Onde não há lugar para essa diferença, igualmente não há lugar para a rigidez constitucional.”¹⁵

Quanto aos estritos limites à reforma formal da Constituição rígida, discorre José Duarte Neto em seu livro “Rigidez e estabilidade constitucional”:

[...] a rigidez, enquanto técnica normativa, de um lado possibilita que uma Constituição se ajuste a uma realidade cambiante e, de outro, preserva-lhe de alterações bruscas e impensadas por meio das dificuldades da mesma modificação. Em outros termos, preserva-lhe determinados aspectos que a tradição jurídica compreendeu como importantes para se tornarem intocáveis.¹⁶

Afirma o mesmo autor:

[...] os limites à reforma emergem como núcleo central, em torno do qual gravitam a estabilidade constitucional e a supremacia formal de seu texto. Como os limites são os pressupostos da estabilidade constitucional, qualquer discussão que se faça sobre esse último tema recomenda uma análise acurada sobre a eficácia maior ou menor desse primeiro aspecto.¹⁷

Sobre a supremacia material e formal, observa Victor Linares Quintana:

Existe, assim, uma supremacia material, que vale para todas as Constituições, qualquer que seja a sua forma, e uma supremacia formal, que depende da configuração dos diversos ordenamentos jurídicos positivos. Dessa distinção resulta que a superioridade material é, em princípio, absoluta, enquanto que a superioridade formal é essencialmente relativa, já que será mais ou menos efetiva de acordo com o regramento em vigor no Estado regido pela Constituição.¹⁸

¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 31.

¹⁶ DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 260.

¹⁷ Ibid., p. 259.

¹⁸ QUINTANA, L. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. t. 1. p. 150.

Com o fim de garantir a efetividade do princípio da supremacia da Constituição, o controle de constitucionalidade visa verificar as situações de incompatibilidade constitucional¹⁹, e, eventualmente, depreciar as consequências jurídicas daqueles atos inconstitucionais.

1.2 A Inconstitucionalidade: Vício

A inconstitucionalidade é a relação de desconformidade entre determinado ato (objeto) e preceitos constitucionais (parâmetros), depois de esgotados todos os meios interpretativos capazes de compatibilizá-los. Trata-se de vício, que:

[...] não se confunde, vale ressaltar, com a sanção de inconstitucionalidade, que é a consequência estabelecida pela Constituição para a sua violação: a providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, a evolução do vício rumo à saúde constitucional. Caso essa evolução não se verifique espontaneamente ou dependa de intervenção coativa, far-se-á uso dos remédios constitucionais, ou seja, dos instrumentos de garantia compreendidos no chamado controle de constitucionalidade.²⁰

Jorge Miranda ensina que:

[...] não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a elas também vinculadas, e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Estas violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado.²¹

A inconstitucionalidade pode ser por ação, também chamada de inconstitucionalidade positiva, ou por omissão.

¹⁹ Michel Temer afirma que controlar a constitucionalidade “[...] significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle de inconstitucionalidade por omissão.” TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 40.

²⁰ RAMOS, Elival da Silva Ramos. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 63-64.

²¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 274.

A inconstitucionalidade por ação resulta da produção de atos legislativos ou normativos que desrespeitem dispositivos constitucionais. Pode ocorrer por motivos formais ou materiais.

A inconstitucionalidade formal diz respeito ao processo de elaboração do ato - a lei formalmente inconstitucional é a que foi aprovada por um processo legislativo defeituoso sob a ótica constitucional. A inconstitucionalidade formal pode decorrer de:

(i) descumprimento de norma constitucional que fixa a competência de certo órgão ou agente para elaborar atos normativos (inconstitucionalidade orgânica), como por exemplo: Assembleia Legislativa de certo Estado da Federação edita lei que trata de serviço postal, em afronta ao artigo 22, inciso V, da Constituição;

(ii) desobediência a certas circunstâncias que obstam a produção normativa (inconstitucionalidade propriamente dita por vício de rito ou procedimento - objetiva). Exemplo: aprovação de emenda constitucional durante o estado de sítio; ou,

(iii) desrespeito a normas constitucionais que regulam o processo de formação adequado ao exercício da competência normativa (inconstitucionalidade propriamente dita por vício de iniciativa - subjetiva). Exemplo: Deputado Federal que apresenta projeto de lei que modifica os efeitos das Forças Armadas, infringindo o artigo 61, § 1º, da Constituição.

Nas duas primeiras hipóteses, a inconstitucionalidade abrangerá sempre todos os dispositivos que façam parte do ato normativo (inconstitucionalidade total), o que não acontecerá necessariamente quando se tratar da terceira situação, na qual a inconstitucionalidade poderá adstringir-se apenas a partes do texto aprovado (inconstitucionalidade parcial).²²

A inconstitucionalidade material é a incompatibilidade do conteúdo de uma lei ou ato normativo editado pelo Poder Público com os preceitos fundamentais, ou seja, comandos ditados pelos princípios e regras de uma Constituição rígida. Exemplo: lei que institui pena de caráter perpétuo para crimes mais graves, em desrespeito ao artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, da atual Constituição.

A inconstitucionalidade por omissão²³ constitui na não-elaboração de atos legislativos ou normativos que impossibilitem o cumprimento de preceitos constitucionais, ou seja, a plenitude da efetividade de determinada norma constitucional. Bem observa Canotilho ao afirmar que o simples “[...] dever geral de emanção de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional”²⁴, é necessário o descumprimento de uma obrigação constitucional concreta de ação.²⁵

²² Quanto a inconstitucionalidade parcial, julgou o Supremo Tribunal Federal: “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA-CPMF (ART. 75 E PARÁGRAFOS, ACRESCENTADOS AO ADCT PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 21, DE 18 DE MARÇO DE 1999). 1 - O início da tramitação da proposta de emenda no Senado Federal está em harmonia com o disposto no art. 60, inciso I da Constituição Federal, que confere poder de iniciativa a ambas as Casas Legislativas. 2 - Proposta de emenda que, votada e aprovada no Senado Federal, sofreu alteração na Câmara dos Deputados, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º da Constituição Federal no tocante à alteração implementada no § 1º do art. 75 do ADCT, que não importou em mudança substancial do sentido daquilo que foi aprovado no Senado Federal. Ofensa existente quanto ao § 3º do novo art. 75 do ADCT, tendo em vista que a expressão suprimida pela Câmara dos Deputados não tinha autonomia em relação à primeira parte do dispositivo, motivo pelo qual a supressão implementada pela Câmara dos Deputados deveria ter dado azo ao retorno da proposta ao Senado Federal, para nova apreciação, visando ao cumprimento do disposto no § 2º do art. 60 da Carta Política. 3 - Repristinação das Leis nºs 9.311/96 e 9.539/97, sendo irrelevante o desajuste gramatical representado pela utilização do vocábulo “prorrogada” no caput do art. 75 do ADCT, a revelar objetivo de repristinação de leis temporárias, não vedada pela Constituição. 4 - Rejeição, também, das alegações de confisco de rendimentos, redução de salários, bitributação e ofensa aos princípios da isonomia e da legalidade. 5 - Ação direta julgada procedente em parte para, confirmando a medida cautelar concedida, declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 75 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999”. (ADI n. 2031/DF. Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 17-10-2003).

²³ “A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omisso, configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão.” RAMOS, Dirceo Torrecillas Ramos. **O controle de constitucionalidade por via de ação**. São Paulo: Angelotti, 1994. p. 100.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 332.

²⁵ Ibid., p. 333.

Feita uma breve abordagem sobre o vício da inconstitucionalidade, necessário tecer algumas considerações sobre as sanções da nulidade e anulabilidade eventualmente cominadas ao ato de inconstitucionalidade.

1.3 Sanção Cominada ao Ato Inconstitucional

A fiscalização do vício da inconstitucionalidade só tem sentido quando, ao ato normativo inconstitucional, é atribuída alguma consequência pelo direito.

Dessa forma “A vinculação entre sanção e controle de inconstitucionalidade é tanta que a primeira constatação que fazer é a de que onde inexistia um verdadeiro sistema de controle inexistia, também, sanção para o vício de inconstitucionalidade.”²⁶

Interessante ainda, citar o entendimento de Elival da Silva Ramos no sentido que a modalidade de controle de constitucionalidade adotada identifica a sanção:

O sistema de controle de constitucionalidade funciona como critério identificador da sanção de inconstitucionalidade acolhida pelo ordenamento. Assim, a sanção de nulidade exige a presença do controle via incidental, apresentando a decisão que constata a incidência da sanção aparência de uma retroatividade radical, por redundar na negativa de efeitos ab initio ao ato impugnado. Já a sanção de anulabilidade aparece necessariamente associada ao controle concentrado, em que se produzam decisões anulatórias com eficácia erga omnes e não-retroativas ou com retroatividade limitada.²⁷

No mesmo sentido afirma Canotilho “[...] a sanção nulidade é típica do controle difuso.”²⁸

1.3.1 Nulidade

A Constituição não previu expressamente a sanção cominada ao ato inconstitucional. Não havendo leis no direito brasileiro que o fizesse, a forma de enfrentar o problema foi absorvida do direito norte-americano²⁹, matriz do nosso sistema de controle.³⁰

²⁶ RAMOS, Elival da Silva Ramos. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 94.

²⁷ Ibid.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina., 1989. p. 875.

²⁹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39.

³⁰ MENDES, Gilmar; MÁRTIRES, Inocêncio; GONET, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1099.

Assim, pertence à tradição jurídica brasileira³¹ a teoria da nulidade da lei inconstitucional, fundada no aforismo pelo qual “*inconstitucional statute is not law at all*”.³²

Vale observar que consolidação do controle de constitucionalidade atribuiu-se à decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803:

Ou a Constituição é a lei superior, intocável por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível que os atos legislativos ordinários, e, como os outros atos, é alterável quando à legislatura aprovar alterá-los. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última é verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder por sua própria natureza ilimitável.³³

Firmou-se o dogma da nulidade da lei inconstitucional na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁴, conferindo-se à declaração de inconstitucionalidade eficácia *ex*

³¹ BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo. In: _____. (Org.). **Trabalhos jurídicos**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 70.

³² WILLOUGHBY, Westel Woodbury. **The constitutional law of the United States**. New York, 1910. v. 1. p. 9-10.

³³ *Ibid.*, p. 9-10.

³⁴ Para o professor Celso Ribeiro Bastos que “[...] toda a norma infringente da Constituição é nula”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 389). Entendem que a norma constitucional é nula: CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 100); ATALIBA, Geraldo. Regime tributário e estado de direito. Disponível em: < <http://cristianemarinhotributario.vilabol.uol.com.br/estado.doc>>. Acesso em: 28 set. 2001; BARBOSA, Rui. **Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal**. Brasília-DF: Companhia Impressora, 1893. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2009. p. 47); BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 132); SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 55); GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 341, p. 3-12, jan./fev. 1998. p. 12; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 256; TAVARES, André Ramos, **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 121); ARAÚJO, Luiz Alberto David; VIDAL JÚNIOR, Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25; TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 40); José Adércio Leite Sampaio, que fala em nulidade no controle concentrado e inaplicabilidade no incidental, SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 208); MENDES; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868 de 10-11-1999**. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2009. p. 205-7; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 541); TUCCI, José Rogério Cruz e. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 151); MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. Tomo 1. p. 301), e, BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 347. No mesmo sentido é o entendimento do STF: RE-93173 / SP, Relator Min. Firmino Paz, Julgamento 15/06/1982 – 2ª Turma; RE-56192-RN, Relator(a) Ministro CÂNDIDO MOTTA, Julgamento 23/03/1965 - PRIMEIRA TURMA; ADIMC-1434-SP AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR, Relator Min. CELSO DE MELLO; Julgamento 20/08/1996 - Tribunal Pleno; ADIQU-652-MA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - QUESTÃO DE ORDEM, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Julgamento 02/04/1992 - TRIBUNAL PLENO; Representação 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n. 96, p. 496 (508); RE n. 103.619, Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA n. 160, p. 80 e s.; RTJ 55/744, 87/758, 89/367, 95/993, e 101/503.

tunc e impondo-se o desfazimento no tempo de todos os atos passíveis de retroação que tiverem ocorrido durante a vigência do ato inconstitucional.

Vale ressaltar que:

A sanção de nulidade é tida como a mais eficiente no que diz respeito à preservação da supremacia das normas constitucionais, por impedir o ingresso do ato legislativo no plano da eficácia desde o seu nascedouro (*ab initio*), automaticamente (*pleno iure*).³⁵

Ora, com a adoção da sanção da anulabilidade, a norma constitucional produzirá efeitos até o pronunciamento da inconstitucionalidade, ou outro momento, no caso da aplicação da modulação. Por isso, o princípio da supremacia da Constituição perde sua autoridade, gerando descrédito da população quanto à observância das normas constitucionais, posto que serão infringidas durante certo lapso temporal, causando insegurança jurídica.³⁶

Elival da Silva Ramos defende que nos sistemas que adotam a sanção de anulabilidade a “[...] decisão judicial provoca mudança no plano do Direito material, não obstante já anteriormente nele prevista (potencialmente).”³⁷

³⁵ RAMOS, Elival da Silva Ramos. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 128.

³⁶ Zeno Veloso cita julgado do Pretório Excelso⁴⁶ no qual o Ministro Celso de Mello consignou “[...] que o repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição”. (ADIn 652/MA). VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 184)

³⁷ RAMOS, op. cit., 1994, p. 91.

Acrescentamos que a Constituição Federal dispõe que a inconstitucionalidade é reconhecida por decisão declaratória³⁸ reforçando a tese da nulidade do ato inconstitucional, já que as decisões declaratórias³⁹ reconhecem atos nulos⁴⁰, não anuláveis.⁴¹

Verificada a premissa inicial no sentido da adoção da sanção nulidade pela doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resta abordar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

1.3.2 Anulabilidade

De outro lado está a tese da anulabilidade do ato inconstitucional, segundo a qual este é anulável e seu desfazimento opera efeitos *ex nunc*. Considera-se o ato inconstitucional existente até a decisão que o julga inconstitucional, a qual é considerada constitutiva negativa. Eis a concepção defendida por Hans Kelsen, seu grande precursor, e por muitos juristas brasileiros, como Hugo de Brito Machado⁴², Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁴³, João Leitão

³⁸ Aplicável a lição de Carlos Maximiliano: “[...] interpretem-se as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa.” MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 7. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1961. p. 312.

³⁹ Constituição Federal: Art. 52, X – “[...] suspender a execução, no todo ou em parte, de Lei *Declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”; e 103, § 2.º “*Declarada a inconstitucionalidade por omissão* de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”; e Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual e a *ação declaratória de constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal*”; 102, III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) *declarar a inconstitucionalidade de tratado ou Lei federal*”; e Art. 97. “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais *declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo do poder público*”. Como leciona, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, e Cândido Rangel Dinamarco “[...] o processo meramente declaratório visa apenas à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 302). Assim, Alfredo Buzaid também entende ser a sentença que reconhece a inconstitucionalidade, declaratória. BUZOID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 128-130).

⁴⁰ Canotilho aponta: “Fala-se em efeito declarativo quando a entidade controlante se limita a declarar a nulidade pré-existente do acto normativo. O acto normativo é absolutamente nulo (*null and void*) e, por isso, o juiz ou qualquer outro órgão de controlo ‘limita-se’ a reconhecer declarativamente a sua nulidade. É o regime típico do controle difuso” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989. p. 875).

⁴¹ Sobre o tema vide a obra: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2005. E ainda, Walber de Moura Agra afirma que em alguns casos a decisão de inconstitucionalidade é constitutivo-negativa, “[...] tornando-se o ato inconstitucional por vontade do Poder Judiciário, dimensionando-se o STF como um órgão legislativo negativo.” AGRA, Walber Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 495.

⁴² MACHADO, Hugo Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 57, p. 76, jun. 2000.

⁴³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 125-126.

de Abreu⁴⁴, André Ramos Tavares⁴⁵, Gilmar Mendes⁴⁶ e Paulo Bonavides⁴⁷, não obstante o predomínio de adeptos à tese da nulidade no Brasil.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari fundamenta com muito mérito sua adoção à tese da anulabilidade do ato inconstitucional:

Reconhecer, portanto, que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar efeitos *ex tunc*, estendendo-os ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade o direito e a sua própria finalidade.⁴⁸

Segundo a mesma autora:

Se outro fosse o entendimento, teríamos, de maneira vertiginosa, instalado o caos na vida social e em suas respectivas relações. Como anteriormente ressaltado, a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo e, assim, não se teria nunca a certeza do direito, pois nunca estaríamos em condição de saber se um ato praticado validamente sob o império de uma lei seria assim considerado para todo o sempre.⁴⁹

Hans Kelsen discorre sobre a tese que fez vingar no controle de constitucionalidade austríaco⁵⁰:

A decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, porque preenche os requisitos da nulidade determinados pela ordem jurídica, é um ato constitutivo; possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado ‘nulo’. Donde não se tratar de decisão ‘declaratória’, não constituindo, como se afigura, declaração de nulidade: é uma verdadeira anulação, uma anulação com força retroativa, pois se faz mister haver legalmente existente a que a decisão se refira. Logo o fenômeno em questão

⁴⁴ A Validade da Ordem Jurídica’, p. 156/165, item n. 11, 1964, Globo, apud ADIn 2.215-PE (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 de abril de 2001.

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 89.

⁴⁶ Gilmar Ferreira Mendes entendia que “[...] o princípio da nulidade da Lei inconstitucional tem hierarquia constitucional”, e que fora preservada “a orientação que considera nula *ipso jure* e *ex tunc* a Lei inconstitucional” MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 255 e 256. Mas, recentemente, mudou seu posicionamento e passou a defender que a “[...] lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso iure*, mas apenas anulável”. MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868 de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2009. p. 314.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 301.

⁴⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 86-87

⁴⁹ Ibid., p. 124.

⁵⁰ A Constituição austríaca, em seu artigo 140a, n. 1 e 2, permite à Corte Constitucional estabelecer que o ato se mantenha aplicável por certo período.

não pode ser algo nulo *ab initio*, isto é, o não ser legal. É preciso que esse algo seja considerado como uma força anulada com força retroativa pela decisão que a declarou nula *ab initio*.⁵¹

Vale observar que Hans Kelsen não reconhece uma lei contrária à Constituição⁵², já que uma lei só pode ser válida com fundamento na Constituição. Assim, as leis inconstitucionais são leis conforme a Constituição, mas anuláveis por um processo especial. Reconhece ainda, apesar de entender como regra a produção de efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade, a possibilidade de existir graus diferentes dessa anulabilidade⁵³ tendo em vista a fixação temporal de seus efeitos.⁵⁴

Hugo de Brito Machado entende que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, segundo a teoria pura do direito, equivale a sua revogação.⁵⁵

Para André Ramos Tavares tem-se “admitido a sanção anulabilidade para a lei inconstitucional como sendo a ‘sanção’ que melhor se amolda aos anseios atuais da sociedade, equilibrando o princípio da supremacia constitucional com a exigência (também social) de segurança jurídica.”⁵⁶

1.3.3 Aplicação da Sanção da Anulabilidade pelo Supremo Tribunal Federal antes das Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99

Embora, conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet, antes da Lei n. 9.868/99, talvez o Supremo Tribunal Federal fosse, provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 287.

⁵² Kelsen leciona que “o sentido possível para a expressão “[...] lei contrária à Constituição” só pode ser o seguinte: a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual (lei posterior revoga lei anterior), mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém não revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.” Ibid., p. 287.

⁵³ Nota-se que o item 7 do art. 140 da Constituição austríaca admite excepcionalmente, que o pronunciamento da Corte Constitucional disponha de forma diversa da tese da anulabilidade. Esta exceção foi aplicada nas Sentenças 11.869, 12.673, 12.688, 12.734. Cf. BEILFUSS, Markus Gonzàles. **Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 102.

⁵⁴ Cf. KELSEN, op. cit., 1991, p. 293.

⁵⁵ “Tem, portanto, natureza de ato legislativo e assim, tal como acontece com os atos legislativos em geral, não pode produzir efeitos retroativos, salvo em favor do cidadão”. (Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. MACHADO, Hugo Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 57, p. 76-77, jun. 2000.

⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 89.

declaração de inconstitucionalidade⁵⁷, desde o início da década de 1970 já existia neste Tribunal, posicionamento pela mitigação dos efeitos do princípio da nulidade, senão vejamos.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 79.343-BA, de 1977, apoiado na doutrina de Kelsen, o Ministro Relator Leitão de Abreu, considerou que:

[...] a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.⁵⁸

Apesar de no julgamento não ter aplicado a modulação, essa reflexão deu voz aos adeptos da mitigação da tese da nulidade do ato inconstitucional, contribuindo para a discussão sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fato que provavelmente influenciou os julgamentos dos recursos extraordinários n. 105.789-1⁵⁹, da Bahia, e n. 122.202⁶⁰, de Minas Gerais. Em ambos os casos, a aplicação de norma estadual atributiva de gratificação a magistrado foi afastada, ao arrepio da Constituição, subsistindo os pagamentos da gratificação sob o fundamento de que o desfazimento dos efeitos produzidos pelas normas inconstitucionais implicaria a redução dos vencimentos dos magistrados – inadmissível pela Constituição.⁶¹

⁵⁷ GILMAR, Mendes; MÁRTIRES, Inocêncio; GONET, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1099. Vale observar que no Direito alienígena, a modulação temporal dos efeitos é a dotada em países como Portugal (artigo 282, n. 2 e n. 4 da Constituição), Alemanha (artigo 79.2 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), Espanha (artigo 40 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), Canadá, Áustria (artigo 140.5), Polônia (artigo 190.3), Eslovênia (artigo 161.1), Turquia (artigo 153.3 e 4), Hungria (Lei n. XXXII/1989), Iugoslávia (artigos 124.2 e 130.2), México (artigo 105, I da Constituição e art. 45 de sua Lei Regulamentar), Peru (Lei n. 26.435/1995). Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 237; REFERENCE RE MANITOBA LANGUAGE RIGHTS. The Supreme Court of Canada Review, n. 2, p. 347, 1985 apud SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 237.

⁵⁸ RE n. 79.343-BA. DJ 31/05/1977. Vale observar que o mesmo entendimento foi exposto no RE n. 93.356-MT, DJ 24/03/1981.

⁵⁹ Ementa: “MAGISTRADO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTO. A NOVA QUALIFICAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO, ANOS DEPOIS DE AVERBADO E DE HAVER PRODUZIDO EFEITOS PECUNIARIOS EM FAVOR DO MAGISTRADO, MALFERE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS, QUE TORNA INTANGIVEL O DIREITO QUE JA NASCEU E NÃO PODE SER SUPRIMIDO SEM QUE SEJAM DIMINUIDAS AS PRERROGATIVAS QUE SUPORTAM O SEU CARGO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (RE n. 105.789-1-MG. Relator Ministro Carlos Madeira, DJ 15/03/1986).

⁶⁰ RE n. 122.202-MG. Relator Ministro Francisco Rezek, DJ 10/08/1993.

⁶¹ RE n. 105.789-1, relator Ministro Carlos Madeira, DJ 15 de abril de 1986, RE n. 122.202, Relator Ministro Francisco Rezek, 10 de agosto de 1993.

Também acataram a aplicação do efeito *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade, os recursos extraordinários n. 78.209⁶², n. 78.549⁶³, n. 79.628⁶⁴ e n. 78.533⁶⁵, todos de São Paulo, que tratam da preservação de atos praticados por servidores ocupantes de cargos criados por lei anteriormente declarada inconstitucional, diante da burla ao princípio do concurso público.⁶⁶ Entendeu o Supremo Tribunal Federal pela:

[...] validade do ato praticado por funcionário de fato, apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação.⁶⁷

Assim, em relação ao regime de efeitos quanto ao aspecto temporal, desde o início da década de 1970, adota-se técnica alternativa em relação à da nulidade. Eis o que Ana Paula Oliveira Ávila caracteriza como *interpenetração*⁶⁸ entre as teses da nulidade e anulabilidade do ato inconstitucional.

Nesse sentido é elucidativo o voto do Ministro Gilmar Mendes:

Pode-se dizer que independente do modelo de controle adotado, de perfil difuso ou concentrado, a criação de técnicas é comum aos diversos sistemas constitucionais. Também o Tribunal da Comunidade Européia e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos curvaram-se à necessidade de adoção de uma técnica alternativa de decisão. [...] Ressalta-se, ainda, que a evolução das técnicas em sede de controle judicial de constitucionalidade deu-se no sentido da quase integral superação do sistema que Canotilho denominou de ‘silogismo tautológico’: (1) uma lei inconstitucional é nula; (2) uma lei é nula porque inconstitucional; (3) a inconstitucionalidade reduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade.⁶⁹

⁶² RE n. 78.209-SP. Relator Ministro Aliomar Baleeiro, DJ 04/06/74.

⁶³ RE n. 78.549-SP. Relator Ministro Bilac Pinto, DJ 07/06/1974.

⁶⁴ RE n. 79.628-SP. Relator Ministro Aliomar Baleeiro, DJ 04/06/74.

⁶⁵ RE n. 78.533-SP. Relator Ministro Firmino Paz, DJ 03/11/81.

⁶⁶ A representação de inconstitucionalidade n. 832 de São Paulo teve como objeto a Lei estadual n. 03 de dezembro de 1971, que autorizava os servidores públicos do Poder Executivo a atuarem como oficiais de justiça. A norma em questão foi declarada inconstitucional em 21 de março de 1973. Posteriormente, foi arguida a nulidade de penhora realizada por um servidor irregularmente investido na função de oficial de justiça antes da declaração da inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, mas decidiu-se que o ato seria nulo porquanto a inconstitucionalidade operaria efeitos *ex tunc*. A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal no extraordinário n. 78.209, julgado em 04 de junho de 1974, no qual os Ministros do Supremo, utilizando a teoria do funcionário de fato, consideraram válida a penhora realizada, em que pese a declaração da inconstitucionalidade da lei. O mesmo tema foi enfrentado logo em seguida no julgamento do RE n. 78.594, realizado em 30/10/1974, no julgamento do RE n. 79.628, que também tinha como fundamento a referida lei paulista, bem como no julgamento do RE n. 79.343.

⁶⁷ RE n. 78.549/SP. Relator Ministro Bilac Pinto, DJ 07/06/1974.

⁶⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46.

⁶⁹ ADI n. 2.240-BA, Relator Ministro Eros Grau, 09/05/2007.

Dessa forma, como leciona, Clèmerson Clève “[...] o dogma da nulidade absoluta deve sofrer uma certa dose de temperamento, sob pena de sustentar a injustiça e a violação do princípio da confiança”⁷⁰, sendo o poder da modulação dos efeitos da sentença, conforme Soraya Gasparetto Lunardi, “[...] uma válvula de escape de particular relevância para o sistema de controle de constitucionalidade, pois permite minimizar prejuízos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade anos após a entrada em vigor da norma.”⁷¹

Verificadas as sanções cominadas ao ato inconstitucional, resta abordar a modulação e os artigos 27 da Lei n. 9.868/99 e 11 da Lei n. 9.882/99.

⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 251.

⁷¹ LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 209-227, jan./mar. 2009.

CAPÍTULO 2 MODULAÇÃO E OS ARTIGOS 27 DA LEI Nº 9.868/99 E 11 DA LEI Nº 9.882/99

Neste capítulo será abordada a modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, de forma breve, a sua constitucionalidade, formal e material.

2.1 A Modulação no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No Brasil, foi proposta na Assembleia Constituinte de 1986-88 regra que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei declarada inconstitucional em sede abstrata haveria de perder a eficácia retroativa, ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir de sua publicação. Esta proposta foi rejeitada.¹

Vieram então, as Leis n. 9.868/99² e n. 9.882/99, que criaram, por meio dos seus artigos 27 e 11, respectivamente, o que Canotilho denominou de “manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”³, também chamado de “gradação (dimensionamento) temporal”⁴, “modulação temporal dos efeitos”⁵, “restrição”⁶, “limitação”⁷ dos efeitos.

¹ MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868 de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2009. p. 316.

² Quatro anos depois da decisão no RE 122.202-MG, citado no item “3”, o Ministro Gilmar Mendes, “[...] como Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República apresentou anteprojeto de lei sobre o controle de constitucionalidade concentrado, cujo art. 27 tinha redação similar à do art. 282º, n. 4, da Constituição Portuguesa. A proposta, todavia, foi muito além da redação do dispositivo português, que a inspirou: possibilita a declaração de inconstitucionalidade com eficácia parcialmente retroativa, *ex nunc* ou *pro futuro*.” MENDES, Gilmar. Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF: uma proposta de projeto de lei. RTDP 35/5-17. In: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 414-415.

³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p.157 e MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 279.

⁴ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 389.

⁵ Terminologia utilizada por Walter Claudius Rothenburg. TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 227), e SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 235), e pelo Supremo Tribunal Federal: Informativo n. 253 (ADI-2231), dentre outros julgados mencionados neste projeto.

⁶ Cf. SARLET, op. cit., p. 159. O autor trata “flexibilização dos efeitos”, como expressão sinônima (p. 158).

⁷ Terminologia empregada por Rui Medeiros; MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 673), e José Joaquim Gomes Canotilho; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina., 1989. p. 988.

Reza o artigo 27 da Lei 9.868/99, que regulamentando o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade:

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.

No mesmo sentido dispõe o artigo 11, da Lei 9.882/99, quanto ao procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Tais normas possibilitam que o Supremo Tribunal Federal restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁸, “[...] seja em relação a sua amplitude, seja em relação a seus efeitos temporais, desde que, presentes dois requisitos”⁹: (i) quorum de

⁸ Vale observar que Paulo Bonavides defendia, antes da edição destas leis, a tendência da jurisprudência constitucional em abrandar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle direto, nos termos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 308). No mesmo sentido, Elival da Silva Ramos defendia, em 1994, o exame detido da possibilidade de retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade, que deveria ter sido realizado por ocasião da revisão da Constituição. RAMOS, Elival da Silva Ramos. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 131.). Também o Ministro Carlos Veloso, em maio de 1999, sustentava a alteração da Constituição para prever o instituto em tela: “Relativamente aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve a Constituição prever a possibilidade de o Supremo Tribunal emprestar efeito *ex tunc* ou *ex nunc* a essa declaração, tal como ocorre com o Tribunal Constitucional de Portugal (Constituição de Portugal, art. 282, 4)”. STF. Supremo Tribunal Federal. **Solenidade de posse dos Ministros Carlos Mário da Silva Velloso, na presidência, e Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, na vice-presidência do Supremo Tribunal Federal**. Sessão solene realizada em 27 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/CARLOS_VELLOSO.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2010. Assim, como afirma Zeno Veloso, há muito, já insinuava que se deveria conferir ao Supremo Tribunal Federal o poder de determinar os efeitos, a extensão de declaração de inconstitucionalidade, inclusive, estatuinto a reentrada em vigor, ou não, da norma que a lei inconstitucional havia. VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 193).

⁹ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 279.

dois terços; e (ii) a presença de razões de segurança jurídica¹⁰ ou de excepcional interesse social.¹¹

Isso significa que, em relação à restrição dos efeitos da decisão, o Supremo Tribunal Federal pode limitar:

(a) a eficácia *erga omnes* da decisão, excluindo certos casos, como atos expedidos ou relações constituídas sob a égide de lei declarada inconstitucional.

(b) a eficácia temporal, deliberando que os efeitos da decisão só se operem a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento anterior ou posterior a ele.

Vale observar que Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira difere o efeito *ex nunc* do efeito *pro futuro* ou prospectivo:

O efeito *pro futuro* ou prospectivo não se confunde com o efeito *ex nunc*. Este tem eficácia a partir da publicação da decisão, aquele em outro momento futuro a ser fixado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, diverso da publicação da decisão (*ex nunc*). O efeito *pro futuro* possibilita que o Supremo Tribunal Federal decida sobre a extinção de relações jurídicas inconstitucionais de forma abstrata, da mesma forma que o Legislador.¹²

Para Juliano Taveira, a expressão “efeito prospectivo” abrange o efeito *pro futuro* e o efeito *ex nunc*.¹³

Utilizaremos a expressão “efeito *ex nunc*” e “efeito prospectivo” quando o efeito da decisão não retroagir, independentemente do efeito se operar a partir do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento anterior ou posterior a ele (efeito *pro futuro*).

¹⁰ Segundo leciona Paulo de Barros Carvalho, o princípio da segurança jurídica dirige-se: “[...] à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações interhumanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza”. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 92. E, “Além de tudo, como conclui Radbruch, um direito incerto é também um direito injusto, pois não é capaz de assegurar a fatos futuros tratamento igual” (ADC n. 1-1/DF. Ministro Moreira Alves).

¹¹ Verifica-se que da mesma forma que o Constituinte de Portugal em seu artigo 282.4, o legislador brasileiro estabeleceu como pressuposto para a aplicação da restrição dos efeitos: a “segurança jurídica”. Contudo, o legislador pátrio previu outro requisito alternativo: “excepcional interesse social”. Em Portugal, a Constituição prevê como requisitos “razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo”. Trata-se de “conceitos jurídicos relativamente indeterminados que são, uma maior ou menor latitude de concretização”, como advertem Canotilho e Vital Moreira, sendo que tal ponderação pertence exclusivamente ao próprio Tribunal Constitucional, e não é possível qualquer controle externo. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 1043.

¹² FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2005. p. 82-83.

¹³ BERNARDES, Juliano Taveira. Viradas de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 222.

Nota-se que Dirley Cunha Júnior entende que o Supremo Tribunal Federal pode limitar a eficácia temporal, deliberando que os efeitos da decisão só se operem a partir do seu trânsito em julgado “[...] ou de outro momento que se situa, decerto, dentro do lapso compreendido entre a data da publicação da norma impugnada e o trânsito em julgado da decisão que a declarou inconstitucional.”¹⁴

O Supremo Tribunal Federal tem aplicado a modulação para que os efeitos da declaração de incondicionalidade se opere também em momento posterior ao trânsito em julgado. Assim na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.458¹⁵ (capítulo III, item 1), o Tribunal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para dar efetividade à decisão a partir de 60 (sessenta) dias após a publicação do Acórdão. Também nas ações diretas de inconstitucionalidade n. 2.240¹⁶ e n. 3.316¹⁷ (capítulo III, item 4), ao aplicar a modulação, o Tribunal não pronunciou a nulidade pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses.

Em relação à aplicação dos efeitos pro futuro, existem países em que há previsão expressa de limite para sua aplicação. São eles: Áustria (um ano para as leis, art. 140.5); Polônia (até dezoito meses para as leis); Eslovênia (um ano art. 161.1); Turquia (um ano art. 153.3 e 4).¹⁸

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: Juspdvum, 2010. p. 313.

¹⁵ ADI n. 3.458-GO. Relator Eros Grau, DJ 16/05/2008.

¹⁶ ADI n. 2.240-BA. Relator Ministro Eros Grau, DJ 03/08/2007.

¹⁷ ADI n. 3.316-MT. Relator Ministro Eros Grau, DJ 29/06/2007.

¹⁸ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 233-5.

(c) o efeito repristinatório¹⁹, o qual não deve ser aplicado nas hipóteses em que a norma revogada pela declarada inconstitucional também é nula.

O efeito repristinatório significa “que a norma declarada inconstitucional não foi apta para revogar validamente a lei anterior que disciplinava matéria idêntica, já que nasceu nula”²⁰.

Vale observar que repristinação e efeito repristinatório são vocábulos inconfundíveis²¹.

Clèmerson Clève explica essas diferenças:

O efeito repristinatório é “[...] o fenômeno da reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Já a repristinação, instituto distinto, substanciaria a reentrada em

¹⁹ Nesse sentido, sobre a ação direta de inconstitucionalidade n. 3660-MS, cujo Relator é Ministro Gilmar Mendes: “Com base na jurisprudência pacífica do Supremo no sentido de ser vedada a destinação de custas judiciais a pessoas jurídicas de direito privado, o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade da “Tabela J” do anexo da Lei 1.936/98, na sua redação vigente, dada pela Lei 3.002/2005, e na sua redação original, e do art. 53 e da Tabela V da Lei 1.135/91, todas do Estado de Mato Grosso do Sul, as quais destinam percentual do produto da arrecadação das custas judiciais a entidades de classe de natureza privada. Inicialmente, rejeitou-se a preliminar de não conhecimento da ação, que suscitavam as entidades que ingressaram no feito na qualidade de *amicus curiae*, por não terem sido impugnadas as Leis 340/82 e 1.135/91, que tratam da mesma matéria. Conjugando os entendimentos fixados pelo Tribunal de que, no âmbito do controle em abstrato da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, o requerente deve impugnar todo o complexo normativo supostamente inconstitucional, inclusive as normas revogadas que poderão ser eventualmente repristinadas pela declaração de inconstitucionalidade das normas revogadoras, e de que o processo de controle abstrato destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais, concluiu-se que a impugnação deveria abranger apenas a cadeia de normas revogadoras e revogadas até o advento da Constituição de 1988. Asseverou-se, ademais, que a exigência de impugnação de toda a cadeia normativa supostamente inconstitucional poderia até mesmo ser relativizada, haja vista a possibilidade de o Tribunal deliberar a respeito da modulação do próprio efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99, art. 11, § 2º c/c o art. 27). Assim, quanto à Lei 340/82, considerou-se que não se poderia exigir sua impugnação por ser norma anterior à CF/88 e, em relação à Lei 1.135/91, observou-se que o Procurador-Geral da República, aditara o pedido inicial, em seu parecer, para incluí-la no objeto da ação. Após os votos do relator e dos Ministros Cármen Lúcia, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, que atribuíam efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da EC 45/2004, e dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que aplicavam efeitos ex tunc, o julgamento foi suspenso para colher os votos dos Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Ellen Gracie (Lei 9.868/99, art. 27). Precedentes citados: ADI 2574/AP (DJU de 29.8.2003); ADI 2224/DF (DJU de 13.6.2003); ADI 2621 MC/DF (j. em 3.5.2002); ADI 2/DF (DJU de 21.11.97); ADI 3111 AgR/RJ (j. em 12. 5.2005); ADI 2995/PE (j. em 13.12.2006); ADI 3148/TO (j. em 13.12.2006); ADI 3189/AL (j. em 13.12.2006); ADI 3293/MS (j. em 13.12.2006); ADI 3063/MA (j. em 13.12.2006); ADI 3833 MC/DF (j. em 19.12.2006); ADI 2982/CE (DJU de 12.11.2004); ADI 1378 MC/ES (DJU de 30.5.97); ADI 1145/PB (DJU de 8.11.2002)” (Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 472); “Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, atribuiu, à declaração de inconstitucionalidade da “Tabela J” do anexo da Lei 1.936/98, na sua redação vigente, dada pela Lei 3.002/2005, e na sua redação original, e do art. 53 e da Tabela V da Lei 1.135/91, todas do Estado de Mato Grosso do Sul, efeitos a partir da EC 45/2004 — v. Informativo 472. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que aplicavam efeitos ex tunc. ADI 3660/MS, rel. Min. Gilmar Mendes, 13.3.2008”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 498, 10-14 mar. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>. Acesso em: 20 fev. 2009.

²⁰ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROMEU, Luciana Campanelli. A nulidade do ato inconstitucional e o efeito repristinatório. (427-438). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 410. Ano 106, p. 420-436, jul./ago.2010.

²¹ Cf. *Ibid.*, p. 432.

vigor da norma efetivamente revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogadora”²².

Assim: “[...] na repristinação temos um instituto que envolve a vigência de três atos normativos, todos válidos, ao passo que no efeito repristinatório temos duas leis e a posterior não revogou validamente a anterior, diante da sua inconstitucionalidade”²³.

O efeito repristinatório significa que a norma declarada inconstitucional não foi apta para revogar validamente a lei anterior que disciplinava matéria idêntica, já que nasceu nula.

Interessante observar que em Portugal, o efeito repristinatório não é aceito incondicionalmente. Bem explica Canotilho:

Tendo em conta a sua razão de ser é lógico que: ‘(i) existam esses efeitos quando entre nenhuma norma e a norma repristinada, seja esta a solução mais razoável; (ii) não existam quando a norma declarada inconstitucional não tiver revogado qualquer norma anterior. No caso de a norma repristinada ser inconstitucional não está vedada ao TC a possibilidade de conhecer dessa inconstitucionalidade para fundamentar nela a recusa de efeitos repristinatórios (cfr. Ac. TC 56/84). Mais duvidoso (por violar o princípio do pedido) é a possibilidade de o TC conhecer e declarar a inconstitucionalidade das normas repristinadas (Ac. 452/95, DR, II, 21-11).’²⁴

Outros países preveem a modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade. São eles: Portugal (art. 282.2 e 4 da Constituição²⁵), Alemanha (art. 79.2 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), Espanha (art. 40 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), Canadá²⁶, Áustria (art. 140.5), Polônia (art. 190.3), Eslovênia (art. 161.1), Turquia (art. 153.3 e 4), Hungria (Lei XXXII/1989), Iugoslávia (arts. 124.2 e 130.2), México (art. 105, I da Constituição e art. 45 de sua Lei Regulamentar), Peru (Lei 26.435/1995)²⁷.

²² CLÈVE, Clèmerson Merlin A **fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 250.

²³ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROMEU, Luciana Campanelli. A nulidade do ato inconstitucional e o efeito repristinatório. (427-438). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 410. Ano 106, p. 420-436, jul./ago.2010.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina., 1989.p. 988. No mesmo sentido é o entendimento de MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 660).

²⁵ Constituição de Portugal, “Art. 282 (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade*) 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.

²⁶ REFERENCE RE MANITOBA LANGUAGE RIGHTS. The Supreme Court of Canada Review, n. 2, p. 347, 1985 apud SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 237.

²⁷ Ibid., p. 237.

2.2 Constitucionalidade dos Artigos 27 da Lei n. 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99

Juristas como Ives Gandra da Silva Martins²⁸, Ingo Wolfgang Sarlet²⁹, Luciana de Assunção Macieira³⁰ e o Ministro Sepúlveda Pertence entendem inconstitucionais os dispositivos em comento por inidoneidade do meio escolhido (lei ordinária), afirmando este último que uma alteração dessa magnitude só poderia ser feita por Emenda Constitucional.³¹

Outros como o Ministro Néri da Silveira³² e André Ramos Tavares³³ assinalam que a graduação (dimensionamento) temporal das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal é poder que se insere, naturalmente, nas prerrogativas do Tribunal, sendo desnecessária previsão constitucional expressa.

Também há grande preocupação com a força normativa da Constituição, por afronta ao princípio da nulidade³⁴, ao princípio constitucional da proporcionalidade³⁵, ao princípio da separação entre os Poderes³⁶, ao Estado Democrático de Direito (artigo 1.º, da Constituição Federal) e ao princípio da legalidade (artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal).³⁷

Lenio Luiz Streck leciona que:

²⁸ MARTINS, Yves Gandra; MENDES, Gilmar. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205-207.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 162.

³⁰ MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 6, n. 13, p. 291-309, jan./jun. 2001.

³¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2154-DF.

³² ADInMC n. 2.231-DF, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 05/12/2001, publicado no Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 253. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 253, dez., 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info253.asp>>. Acesso em: 16 jun. 2009.

³³ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 389.

³⁴ Conforme entendimento do Ministro César Peluso na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.819; do Ministro Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.458, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.660, nos Recursos Extraordinários n. 556.664, 559.882 e 560.626, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.907. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira afirma: “São inconstitucionais os arts. 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99, por violarem o princípio da supremacia da Constituição, o princípio da nulidade da lei inconstitucional, os arts. 97 e 102, III, *a, b, c e d*, da Constituição Federal, a separação de poderes, e o princípio da segurança jurídica” FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2005. p. 97 – 98).

³⁵ Silvio Nazareno Costa afirma: “Assim, por ferir o princípio constitucional da proporcionalidade, parece inafastável concluir-se pela inconstitucionalidade material dos arts. 27 da Lei 9.868 e 11 da Lei 9.882” COSTA, Silvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 152.

³⁶ COSTA, Silvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 155.

³⁷ Petição Inicial da ADIN 2.231-8, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, representado pelo seu Presidente. Ingo Wolfgang Sarlet informa que a ação precitada questiona a Lei 9.882/99, e o art. 27 da Lei 9.868/99 está sendo questionado pelo mesmo legitimado na ADIN 2.258-0, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 157).

[...] tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (sic). Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro”. Concluindo que no efeito *pro futuro* ‘estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade’.³⁸

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que a modulação permite inclusive que medida restritiva de direitos e garantias fundamentais, mesmo manifestamente inconstitucional, seja aplicada por meses e, quem sabe, até mesmo por anos após ter sido declarada inconstitucional.³⁹ Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.819⁴⁰, o Ministro César Peluso manifestou sua preocupação com a força normativa da Constituição, reafirmada pelo princípio da nulidade, tentando evitar a abertura de precedente que justificará aos Estados, aos Municípios e à União criar normas inconstitucionais, deliberadamente, na justa expectativa de que o Tribunal, amanhã ou depois, lhes permita a sobrevivência.

O Ministro Marco Aurélio demonstrou preocupação semelhante ao julgar na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.458, nas ações diretas de inconstitucionalidade n. 2.907⁴¹ e n. 3.660⁴², e nos recursos extraordinários n. 556.664, n. 559.882 e n. 560.626.⁴³

Em contrapartida, Teori Albino Zavascki defende que a adoção da tese da nulidade do ato inconstitucional pela Constituição, “[...] não significa dizer que, em face de certas circunstâncias excepcionais e em nome de outros valores constitucionalmente relevantes, não se possa manter determinada situação formada inconstitucionalmente.”⁴⁴

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes que, no Recurso Extraordinário n. 197.917⁴⁵, afirma que o princípio da nulidade deve ser afastado se ficar demonstrado, com base em uma 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.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 545.

³⁹ SARLET, op. cit., p. 163-4.

⁴⁰ ADI n. 3.819-MG. Ministro Eros Grau, DJ 28/03/2008. Ver item 4.8.

⁴¹ ADI n. 3.458. Relator Ministro Ricardo Lewanowski, DJ 29/08/2008. Ver item 4.2.

⁴² ADI n. 3.660-MS. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 09/05/2008. Ver item 4.6.

⁴³ RE n. 556.664-1-RS. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 14/11/2008; RE n. 559943-RS. Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ 26/09/2008; **RE n. 560626-RS. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 05/12/2008.** Ver item 4.13.

⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino Zavascki. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 51.

⁴⁵ RE 197.917-SP. Relator Ministro Maurício Correa, DJ 07/05/2004. Ver item 4.3.

Para Ana Paula Ávila a modulação trata-se de instituto decorrente do reconhecimento da segurança jurídica e da proteção da confiança do indivíduo e da boa fé como princípios constitucionais que compõe o princípio da segurança jurídica.⁴⁶

Neste contexto, a norma prevista no artigo 27 da Lei 9.868/99 foi objeto das ações diretas de constitucionalidade n. 2.154 e n. 2.258, ambas do Distrito Federal, ajuizadas pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL)⁴⁷ e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente, apensadas para processamento conjunto, dada a identidade parcial dos respectivos objetos. Todavia, até o encerramento deste estudo não há julgamento do mérito concluído.

O Ministro Relator Sepúlveda Pertence esclarece que, no caso de se declarar a inconstitucionalidade, a desconstituição dessa decisão restabeleceria a força da lei antes eliminada, o que geraria insegurança jurídica. Decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, ressaltando que uma alteração dessa magnitude só poderia ser feita por emenda constitucional já que a nulidade da lei inconstitucional decorre no sistema da Constituição, da adoção, paralela ao controle direto e abstrato, do controle difuso de inconstitucionalidade. Ademais, considerou que, ainda que ultrapassada a inconstitucionalidade formal, seria necessário dar interpretação conforme ao referido dispositivo, a fim de evitar que sua aplicação pudesse atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, eventualmente surgidos da inconstitucionalidade da lei⁴⁸. Após, pediu vista dos autos a Ministra Cármen Lúcia.⁴⁹

Quanto à constitucionalidade formal, entendemos que o princípio constitucional da nulidade dos atos inconstitucionais, implícito na Constituição, conforme verificamos no Capítulo I, item 1, só pode ser derogado, mitigado, por outro princípio ou norma de igual

⁴⁶ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. No mesmo sentido entende: CARRAZZA, Roque; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2008. p. 57.

⁴⁷ Questionada a legitimidade ativa da CNPL, o Tribunal a rejeitou por entender que a legitimação em tese para a ação direta conferida às confederações sindicais e entidades nacionais de classe, na medida em que as inclui no rol dos sujeitos do processo de controle abstrato de constitucionalidade, constitui prerrogativa, cujo exercício e cuja defesa se inserem, por si mesmos, no âmbito dos fins institucionais da corporação, não havendo, assim, como negar a relação de pertinência entre estes fins e o questionamento da higidez constitucional da lei que dispõe sobre o processo de ação direta e, por conseguinte, o exercício da prerrogativa constitucional de sua instauração.

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 456, 12-13 fev. 2007 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo456.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

⁴⁹ O julgamento foi suspenso por falta de quorum, ante as ausências ocasionais da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e Carlos Britto. Impedido o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Falou pela requerente o Dr. Amadeu Roberto Garrido de Paula. Ibid.

hierarquia. Assim, são inconstitucionais por inidoneidade de meio os artigos 27 e 11, das Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99.

Em relação à constitucionalidade material entendemos que a modulação constitui instituto compatível com a Constituição Federal, senão vejamos.

Para justificar a aplicação modulação temporal dos efeitos no controle de inconstitucionalidade é necessário que se encontrem presentes requisitos excepcionais de ordem substancial, quais sejam: a segurança jurídica e o interesse público.

Por isso, a modulação é instituto que permite a aplicação da ponderação de valores constitucionais, fundada no princípio da proporcionalidade, com o objetivo de resguardar da melhor maneira possível, a supremacia da Constituição.

Para a ponderação de valores, segundo leciona Luís Roberto Barroso:

Idealmente o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando in concreto, o princípio ou direito que irá prevalecer.⁵⁰

Quanto ao princípio da proporcionalidade, interessante observar:

O princípio da proporcionalidade destina-se ao juiz, ao legislador e ao administrador público, que devem escolher, dentro do faticamente possível, a melhor opção jurídica possível, a mais idônea, adequada, a que implique menor restrição de direito, diante da necessidade de, em determinado caso concreto, um direito ou bem constitucionalmente protegido ceder perante outro da mesma forma protegido, estabelecendo uma correspondência, proporcionalidade em sentido estrito, entre o meio utilizado e o fim a ser alcançado. Trata-se de relação de causalidade entre meios e fins, havendo sempre dois valores a serem ponderados.⁵¹

Nesse sentido Gustavo Binbenbojm afirma que caso o Supremo decida pela aplicação da modulação “[...] estará *ponderando* valores e princípios de mesma hierarquia e igual dignidade constitucional.”⁵²

Em relação à ponderação dos princípios, afirma Alexy:

⁵⁰ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 338.

⁵¹ PEREZ, Augusto Martinez, ROMEU, Luciana Campanelli. Os arts. 519 e 285-A do código de processo civil e a superação da morosidade. **Revista CEJ**, Brasília-DF, v.12 n. 42, p. 23-33, jul./set. 2008.

⁵² BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 185.

[...] são normas que ordenam que algo deve ser feito na maior medida fática e juridicamente possível. As possibilidades jurídicas, a par de dependerem das regres, estão essencialmente determinadas por outros princípios opostos, fato que implica que os princípios devem e podem ser ponderados.⁵³

Segundo André Dias Fernandes, a inconstitucionalidade sem nulidade se dá,

[...] porque o ordenamento jurídico, ao cominar a sanção ao supremo vício de inconstitucionalidade, escolhe, dentre as possíveis, a que melhor preserve a supremacia da Constituição, finalidade mesma do controle de constitucionalidade. Trata-se de um desdobramento do princípio-mor da supremacia da Constituição. Poderíamos denominá-lo, sem a pretensão de cunhar um princípio novo, de “princípio da máxima preservação da supremacia constitucional”.⁵⁴

Bem explica o posicionamento aqui adotado o Ministro Carlos Aires Brito:

O vício da inconstitucionalidade traduz-se, como regra geral, na necessidade de extirpar do Ordenamento Jurídico o ato inválido, de sorte a preservar a coerência de tal Ordenamento e garantir a hierarquia e a rigidez da Constituição Federal. Mas há casos em que tal extirpação normativa é também agressora da própria Constituição da República. Casos em que ‘razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social’ (art. 27 da Lei n. 9.868/99, aqui subsidiariamente aplicada) se contrapõe ao debate em si do ato inconstitucional. O que tem levado esta Suprema Corte a, num juízo de ponderação, ‘retrabalhar’ os efeitos de certas declarações de inconstitucionalidade.⁵⁵

Sobre este entendimento discorre, de forma clara, o Ministro Gilmar Mendes em seu voto no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 582.280/RJ:

Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação ‘ainda constitucional’, deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o ‘apelo ao legislador’ e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados. [...] sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega

⁵³ ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. Ciudad de México: Distribuciones Fontanamara, 1993. p. 27. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 65.

⁵⁴ FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC**. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 121.

⁵⁵ HC 82.959-7 – SP, Voto do Ministro Carlos Aires Brito, p. 8, j, em 23 de fevereiro de 2006, Ministro Relator Marco Aurélio.

o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico-constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação. O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.⁵⁶

É importante ressaltar ainda, que se o ato inconstitucional constitui fruto do trabalho dos membros do Poder Legislativo, e, a aplicação da sanção da anulabilidade ao mesmo resulta da ponderação de valores constitucionais, tendo em vista a supremacia da Constituição, não há que se falar em ofensa à separação dos poderes. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal ao aplicar a modulação temporal estará agindo no controle judicial, como guardião da Constituição.

Assim, por ser materialmente constitucional, não infringir cláusula pétrea (separação de poderes) e, ter como objetivo a garantia da supremacia da Constituição, sugerimos a inclusão da modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade por meio de Emenda Constitucional.

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 442, 25-26 set. 2006 Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo442.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2010.

Não obstante a discussão sobre constitucionalidade das normas prevista nos artigos 11 e 27 em epígrafe, o Supremo Tribunal Federal vêm afastando excepcional⁵⁷ e discricionariamente⁵⁸ os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, durante determinado lapso temporal, como veremos a seguir.

2.3 Modulação Temporal dos Efeitos no Controle Difuso

Não obstante as Leis 9.868/99 e 9.882/99 regularem mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem fixado efeitos ex nunc à declaração incidental de inconstitucionalidade, seja por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Ora, pode parecer inútil, no controle concreto, uma decisão que aprecia a constitucional sem retroagir. Como afirma Juliano Tavares:

[...] no controle concreto, as atenuações à tese retroatividade das decisões finais são mais complexas que no controle abstrato. Enquanto no controle abstrato se trabalha com processos de índole objetiva (processo objetivo), nos quais a preocupação com situações fáticas passadas tem pouca relevância, os

⁵⁷ Em relação ao caráter excepcional da modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade, por maioria de votos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram rejeitar embargos de declaração opostos na ação direta de inconstitucionalidade n. 2791, para que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo paranaense fossem aplicados desde a criação da lei, já que não houve pedido nesse sentido formulado: “Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade procedente. Inscrição na Parana Previdência. Impossibilidade quanto aos serventuários da justiça não remunerados pelos cofres públicos. Modulação. Eficácia em relação às aposentadorias e pensões já asseguradas e aos serventuários que já preencham os requisitos legais para os benefícios. 1. A ausência, na ação direta de inconstitucionalidade, de pedido de restrição dos efeitos da declaração no tocante a determinados serventuários ou situações afasta, especificamente no caso presente, a apontada omissão sobre o ponto. 2. Embargos de declaração rejeitados, por maioria.” A discussão de outro caso similar, em que o Plenário terá de decidir se, por meio de embargos de declaração, pode modular ou não os efeitos de decisão que declarou inconstitucional a lei que criou foro privilegiado a ex-detentores de cargo público por ato de improbidade administrativa, foi suspensa pelo pedido de vista do Ministro Carlos Ayres Britto. Nesse julgamento, realizado em setembro de 2005, o Tribunal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797, ajuizada pela Conamp (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público), sendo cassados os parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 10.628/2002. Vale observar que em nenhum momento foi pedida a modulação dos efeitos da decisão e, com o julgamento, a lei foi cassada a partir da data de sua edição, em 2002. O Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Souza, e a Advocacia Geral da União ingressaram com embargos de declaração alegando que a decisão na referida ADI deveria valer a partir da data do julgamento da Corte, no dia 15 de setembro de 2005, para garantir a segurança jurídica. Segundo essas autoridades, a norma produziu efeito durante sua vigência e a declaração de inconstitucionalidade, desde que ela foi editada, significaria a anulação de inúmeros feitos criminais e cíveis. O pedido de vista do Ministro Ayres Britto ocorreu após o relator do caso, Ministro Menezes Direito, votar pela não modulação, ou seja, pela rejeição dos embargos de declaração, nos mesmos moldes da decisão tomada no julgamento da ADI 2791 (ADI 2791 ED-PR. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 04-09-2009).

⁵⁸ Neste sentido: TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 389. Lenio Luiz Streck critica a enorme discricionariedade que foi concedida ao Supremo. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 541.

processos do controle concreto pressupõem conflitos de natureza subjetiva (processo subjetivo), razão pela qual, quase que necessariamente, referem-se a fatos pretéritos.⁵⁹

Provavelmente, este raciocínio é levou o Supremo Tribunal Federal a entender que não se aplicaria “[...] o efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade em processo de controle difuso.”⁶⁰

Nesse sentido, afirma Elival da Silva Ramos:

Já a sanção de anulabilidade aparece necessariamente associada ao controle concentrado, em que se produzam decisões anulatórias com eficácia erga omnes e não-retroativas ou com retroatividade limitada.⁶¹

Eis o mesmo entendimento de Canotilho: “[...] a sanção nulidade é típica do controle difuso.”⁶²

Ocorre que, não é verdadeira essa aparente inutilidade. A aplicação de efeitos *ex nunc* permite estabilizar os efeitos do direito aplicado.

Bem explica Juliano Taveira:

[...] mesmo que se trate de uma relação jurídica já consolidada e exaurida conforme disciplina de determinada lei (exemplo, o pagamento de um tributo), a mera constatação de que a esta relação não se aplica a posterior declaração de inconstitucionalidade da legislação que a disciplinara já significa estabilizá-la definitivamente (o valor pago não precisa ser restituído). Logo, a aplicação da prospectividade num caso concreto pode no mínimo significar que, bem ou mal, houve o “acertamento” quanto ao direito material aplicado à discussão. Eis o interesse de agir quanto à eventual adoção da teoria prospectiva inclusive em relação a fatos pretéritos, pois uma tal estabilidade só é obtida com o julgamento do mérito da causa.⁶³

Assim, entendemos que a modalidade de controle de constitucionalidade adotada não identifica a sanção.

⁵⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. Viradas de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 214.

⁶⁰ AgRg no AI 589.958/RJ, 2ª Turma, rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ-e de 21-2-2008.

⁶¹ RAMOS, Elival da Silva Ramos. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 94.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina., 1989. p. 875.

⁶³ BERNARDES, Juliano Taveira. Viradas de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 215.

Sugerimos pois, a introdução da modulação temporal dos efeitos também no controle de constitucionalidade difuso, pelo poder constituinte derivado, tendo em vista a supremacia da Constituição.

CAPÍTULO 3 A APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO ARTIGO 27 DA LEI Nº 9.868/99 E O ARTIGO 11 DA LEI 9.882/99 NO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Inegável a importância do estudo das decisões do Supremo Tribunal Federal que aplicaram os artigos 27, da Lei n. 9.868/99 e 11, da Lei n. 9.882/99, pois, como ensina Dimitri Dimoulis:

[...] a análise empírica da atuação processual, de suas práticas e regras efetivamente seguidas permite entender a estrutura do processo de uma maneira que não seja superficial (mera descrição de normas vigentes sem pensar em sua interpretação concreta e grau de eficácia) nem apologética-legitimadora (exaltação de “princípios” e demais “virtudes” do processo, sem pensar em sua realidade).¹

Abordaremos, a seguir, alguns casos nos quais foi aplicada a modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.

3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.458

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.458², de Goiás, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Tribunal julgou inconstitucional por vício de

¹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto) criação do “processo objetivo”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 878, p.11-28, 2008; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**: RBEC, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 209-227, jan./mar. 2009.

² Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 15.010, DO ESTADO DE GOIÁS, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2004. DECRETO ESTADUAL N. 6.042, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2004. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 01/04 - GSF/GPTJ, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2004. SISTEMA DE CONTA ÚNICA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. PROJETO DE LEI DEFLAGRADO PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MATÉRIA QUE DEMANDARIA INICIATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. TESOUREIRO ESTADUAL DEFINIDO COMO ADMINISTRADOR DA CONTA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. Independência e harmonia entre os poderes. 1. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida no tocante ao decreto estadual n. 6.042 e à Instrução Normativa n. 01/04, ambos do Estado de Goiás. Não cabimento de ação direta para impugnar atos regulamentares. Precedentes. 2. A iniciativa legislativa, no que respeita à criação de conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais, cabe ao Poder Judiciário. A deflagração do processo legislativo pelo Chefe do Poder Executivo consubstancia afronta ao texto da Constituição do Brasil [artigo 61, § 1º]. 3. Cumprido ao Poder Judiciário a administração e os rendimentos referentes à conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais. Atribuir ao Poder Executivo essas funções viola o disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil, que afirma a interdependência --- independência e harmonia --- entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. 4. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 15.010, do Estado de Goiás. O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de

iniciativa, a Lei estadual n. 15.010/04, que conferia ao Poder Executivo, a administração de depósitos judiciais, já que o seu projeto teria sido deflagrado pelo Governador, mas a matéria tratada na lei não estava dentre as previstas no artigo 61, § 1º, da Constituição Federal. Por maioria, o Tribunal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para dar efetividade à decisão a partir de 60 (sessenta) dias após a publicação do Acórdão, tempo hábil à organização do Estado de Goiás no que se refere ao recolhimento das custas judiciais e extrajudiciais.

A Lei n. 15.010 vigia desde 2002, motivo pelo qual o Ministro Relator Eros Grau fundamentou seu voto pela modulação no fato que a,

[...] declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* resultaria prejuízos e insegurança jurídica, uma vez que o Sistema de Conta Única de Depósitos Judiciais e Extrajudiciais no âmbito do Estado de Goiás obedeceu ao pronunciamento nela contido, desde então.³

3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.907

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.907⁴, do Amazonas, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade, tendo em vista o artigo 96, I, “a”, da Constituição Federal, de Portaria da presidência de Tribunal de Justiça do Estado (Portaria n. 954/2001) que fixava o horário do foro, sustentando que a decisão só poderia ser tomada por órgão colegiado que representasse o Tribunal, com efeito *ex nunc*.

Vale observar que a declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* feriria o princípio da segurança jurídica e da boa fé, já que as pessoas que praticaram os atos processuais nos termos da Portaria, confiando no citado ato, suportariam prejuízos irreparáveis.

inconstitucionalidade para dar efetividade à decisão 60 [sessenta] dias após a publicação do Acórdão.” (ADI n. 3.458-GO. Relator Eros Grau, DJ 16/05/2008).

³ ADI n. 3.458-GO. Relator Eros Grau, DJ 16/05/2008. Ibid.

⁴ Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PORTARIA 954/2001 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS, ATO NORMATIVO QUE DISCIPLINA O HORÁRIO DE TRABALHO DOS SERVIDORES DO JUDICIÁRIO. VÍCIO DE NATUREZA FORMAL. OFENSA AO ART. 96, I, a e b, da CF. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE COM EFEITOS EX NUNC. I. Embora não haja ofensa ao princípio da separação dos poderes, visto que a Portaria em questão não altera a jornada de trabalho dos servidores e, portanto, não interfere com o seu regime jurídico, constata-se, na espécie, vício de natureza formal. II. Como assentou o Plenário do STF nada impede que a matéria seja regulada pelo Tribunal, no exercício da autonomia administrativa que a Carta Magna garante ao Judiciário. III. Mas a forma com que o tema foi tratado, ou seja, por portaria ao invés de resolução, monocraticamente e não por meio de decisão colegiada, vulnera o art. 96, I, a e b, da Constituição Federal. IV. Ação julgada procedente, com efeitos *ex nunc*” (ADI n. 3.458. Relator Ministro Ricardo Lewanowski, DJ 29/08/2008).

3.3 Recursos Extraordinários n. 197.917 e n. 266.994

No caso do recurso extraordinário n. 197.917⁵, de São Paulo, foi julgado inconstitucional o parágrafo único do artigo 6º, da Lei Orgânica n. 222, de 31 de março de 1990, do Município de Mira-Estrela-SP, de menos de três mil habitantes, que fixara em 11 o número de vereadores da Câmara Municipal, por infringir o artigo 29, da Constituição, que estabelece um critério de proporcionalidade aritmética para o cálculo do número de vereadores, ressaltando que, o Município em questão deveria ter 9 vereadores. O Tribunal determinou, ainda, que, após o trânsito em julgado, a Câmara de Vereadores adote as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados, entretanto, os mandatos dos atuais vereadores.

Este precedente⁶ foi aplicado no recurso extraordinário n. 266.994⁷, também de São Paulo, interposto pela Câmara Municipal de Teodoro Sampaio contra decisão do Tribunal de

⁵ RE 197.917-SP. Relator Ministro Maurício Correa, DJ 07/05/2004. Informativos do Supremo Tribunal Federal n. 160, n. 271, n. 274, n. 304 e n. 333.

⁶ Vale observar a diferença entre precedente e jurisprudência nos termos de Roque Antonio Carrazza: “Entende-se por jurisprudência a interpretação uniforme e constante dos tribunais a respeito das lides. Não deve ser confundida com precedente, julgado individual que, somado a outros, pode, ou não, formar jurisprudência. A jurisprudência advém da repetição de precedentes ou, só se forma após seguidos julgamentos num mesmo sentido” CARRAZZA, Roque; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2008. p. 35).

⁷ **Ementa:** “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29), é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. A ausência de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer lesão aos demais princípios constitucionais nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). Inconstitucionalidade. 7. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à

Justiça em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado, que manteve a declaração de inconstitucionalidade da Emenda n. 01/95, que alterava o artigo 16, parágrafo 2º, da Lei Orgânica Municipal, passando de 09 para 13 o número de parlamentares. O Supremo Tribunal Federal aplicou os fundamentos acolhidos no precedente, em virtude da identidade da tese jurídica nele discutida, juntando aos autos o Acórdão proferido no recurso extraordinário n. 197.917 como parte integrante da decisão. Assim declarou a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* e *incidenter tantum* da Emenda em comento, tendo em vista a prevalência do interesse público, determinando que, após o trânsito em julgado, fossem adotadas as medidas cabíveis para fixar de forma expressa, sua composição, observados os parâmetros expressos no julgado.

A aplicação de efeitos *ex tunc* às decisões em testilha geraria enorme instabilidade jurídica, resultando na nulidade de todas decisões tomadas pela Câmara de Vereadores nos período anteriores, e na consequente nulidade das leis aprovadas e da aprovação de contas.

Nesse sentido, ao comentar a aplicação da modulação no recurso extraordinário n. 197.917, Ives Granda da Silva Martins e Gilmar Mendes observaram: “[...] como a decisão repercute sobre o próprio processo eleitoral, o reconhecimento de efeito retroativo importaria quase no desfazimento *a posteriori* desse processo, até mesmo com a redefinição dos eleitos no último pleito.”⁸

3.4 Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.615, n. 2.240, n. 3.316 e n. 6.983, n. 3.689

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.615⁹, da Paraíba, proposta pelo Partido da Frente Liberal, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do artigo 51, do Ato de

declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário não conhecido” (RE n. 266.994-SP. Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 21/05/2004).

⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. **Controle concentrado de constitucionalidade:** comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 569.

⁹ Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 51 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DO ESTADO DA PARAÍBA. REDEFINIÇÃO DOS LIMITES TERRITORIAIS DO MUNICÍPIO DO CONDE. DESMEMBRAMENTO DE PARTE DE MUNICÍPIO E INCORPORAÇÃO DA ÁREA SEPARADA AO TERRITÓRIO DA MUNICIPALIDADE LÍMITROFE, TUDO SEM A PRÉVIA CONSULTA, MEDIANTE PLEBISCITO, DAS POPULAÇÕES DE AMBAS AS LOCALIDADES. OFENSA AO ART. 18, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Para a averiguação da violação apontada pelo requerente, qual seja, o desrespeito, pelo legislador constituinte paraibano, das exigências de consulta prévia e de edição de lei estadual para o desmembramento de município, não foi a norma contida no art. 18, § 4º, da Constituição Federal substancialmente alterada, uma vez que tais requisitos, já existentes no seu texto primitivo, permaneceram inalterados após a edição da EC 15/96. Precedentes: ADI 458, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.09.98 e ADI 2.391, rel. Min. Ellen Gracie, Informativo STF 316. 2. Afastada a alegação de que a norma impugnada, sendo fruto da atividade do legislador constituinte estadual, gozaria de uma inaugural presunção de constitucionalidade, pois, segundo a jurisprudência desta Corte, o exercício do poder constituinte deferido aos Estados-membros está subordinado aos princípios adotados e proclamados pela Constituição Federal. Precedente: ADI 192, rel. Min. Moreira Alves, DJ

Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba¹⁰, que redefiniu limites territoriais do Município do Conde, ao desmembrar parte de Município e incorporar a área separada ao território limítrofe, sem prévia consulta mediante plebiscito, diante da afronta ao § 4º do artigo 18 da Lei Maior, com efeitos *ex nunc*.

Também por infringir o § 4º, do artigo 18, da Constituição Federal, na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.240¹¹, da Bahia, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, o

06.09.01. 3. Pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4º do art. 18 da Carta Magna. Precedente: ADI 2.994, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 04.06.04. A esse rol de instrumentos ineficazes que buscam driblar a exigência de plebiscito expressa no art. 18, § 4º, da Constituição Federal, soma-se, agora, este de emenda popular ao projeto de Constituição estadual. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente, com a aplicação de efeitos *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99” (ADI 3615-PB. Relatora Ellen Gracie, DJ 09/03/2007).

¹⁰ Artigo 51 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba: “Os limites do Município do Conde, criado pela Lei nº 3107, de 18 de novembro de 1963, passam a figurar com forma adiante descrita: Ao Norte: divisa de Conde com o Município de João Pessoa, que tem início com a extrema do Município de Santa Rita, seguindo na talvegue do rio Gramame e jusante até o limite de suas águas territoriais; ao Leste, com o Oceano Atlântico, que tem início com os limites das águas territoriais brasileiras, defronte ao meio da foz do Rio Gramame, seguindo o referido limite até defrontar ao meio da foz do Rio Grau; ao Sul: divisa entre o Município de Conde e Alhandra, inicia na extrema dos limites de Conde e Pitimbu, na nascente do Rio Grau, seguindo em linha reta até o eixo da barragem do complexo Gramame/Mamuaba e daí até a extrema com o Município de Santa Rita; inicia ao Sul no complexo da Barragem do Gramame, seguindo no meio do rio em seu talvegue em direção ao sua jusante até a extrema do Município de Santa Rita com o de João Pessoa” (ADI N. 3615-PB. Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 09/03/2007).

¹¹ Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção - apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia.

Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de

Tribunal declarou a inconstitucionalidade da Lei estadual n. 7.619, de 30 de março de 2000, que cria o Município de Luís Eduardo Magalhães, desmembrado do Município de Barreiras, sem a edição de Lei Complementar Federal. Ao aplicar a modulação, não pronunciou a nulidade pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses.

E ainda, por não ter sido editada a Lei Complementar Federal exigida pelo § 4º, do artigo 18, da Constituição Federal, o Tribunal aplicou a modulação da declaração de inconstitucionalidade pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.316¹², do Estado do Mato Grosso, proposta pelo Procurador-Geral da República, ao declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual n. 6.983, de 1998, que cria o Município de Santo Antônio do Leste, com área territorial desmembrada do Município de Novo São Joaquim; na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.489¹³, de Santa Catarina,

dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia” (ADI n. 2.240-BA. Relator Ministro Eros Grau, DJ 03/08/2007).

¹² Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1.998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Santo Antônio do Leste importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade” (ADI n. 3.316-MT. Relator Ministro Eros Grau, DJ 29/06/2007).

¹³ Ibid.: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.294, DE 22 DE JUNHO DE 2.002, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE ANEXOU A LOCALIDADE DE VILA ARLETE, DESMEMBRADA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS NOVOS, AO MUNICÍPIO DE MONTE CARLO.

proposta pelo Procurador-Geral da República, ao declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual n. 12294, de 22 de junho de 2002, que anexa ao Município e Montes Claros a localidade vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos; e, na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.689¹⁴, do Pará, proposta pelo Partido do Movimento Democrático

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 1. A localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos, foi efetivamente integrada ao Município de Monte Carlo. 2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Monte Carlo, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua consequente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. O desmembramento e integração da localidade de Vila Arlete objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade” (ADI n. 3.489-SC. Relator Ministro Eros Grau, DJ 03/08/2007).

¹⁴ Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.066, DO ESTADO DO PARÁ, QUE ALTERANDO DIVISAS, DESMEMBROU FAIXA DE TERRA DO MUNICÍPIO DE ÁGUA AZUL DO NORTE E INTEGROU-A AO MUNICÍPIO DE OURILÂNDIA DO NORTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A exceção não se subtrai à norma, mas ESTa, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 1. A fração do Município de Água Azul do Norte foi integrada ao Município de Ourilândia do Norte apenas formalmente pela Lei estadual n. 6.066, vez que materialmente já era esse o município ao qual previa as necessidades essenciais da população residente na gleba desmembrada. Essa fração territorial fora já efetivamente agregada, assumindo existência de fato como parte do ente federativo --- Município de Ourilândia do Norte. Há mais de nove anos. 2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Ourilândia do Norte, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de

Brasileiro (PMDB), ao declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 6066, de 14 de agosto de 1997, que altera os limites entre os Municípios de Ourilândia do Norte e Água Azul do Norte.

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.615, tendo em vista o fato de que a norma declarada inconstitucional foi promulgada em outubro de 1989, a Ministra Relatora Ellen Gracie fundamentou a aplicação da modulação no fato de que “[...] durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde sua origem.”¹⁵

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.240, o Ministro Gilmar Mendes, ao votar pela modulação nos termos em que foi aplicada, afirmou ser “[...] possível e muitas vezes inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações”, não podendo o princípio da nulidade ser aplicado quando “[...] revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida [...] como ocorre no presente caso”, onde “[...] a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).”¹⁶ Entendeu que o prazo de 24 meses é o “[...] lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3.682.”¹⁷ Em

lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua consequente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A integração da gleba objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 6.066, de 14 de agosto de 1.997, do Estado do Pará” (ADI n. 3.689-PA. Relator Ministro Eros Grau, DJ 26/09/2008).

¹⁵ ADI n. 3615-PB. Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 09/03/2007.

¹⁶ ADI . 2.240-BA. Relator Ministro Eros Grau, DJ 03-08-2007.

¹⁷ Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art.

relação a este lapso temporal manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence: “[...] até 24 meses porque, aí, ou ele estará criado por novos atos ou estará desconstituído”, ou seja a modulação, na presente situação, submeteu a existência do Município uma condição resolutiva. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Marco Aurélio:

[...] sinalizaremos ser possível a criação do Município e, vindo ao Supremo ação direta de inconstitucionalidade, diremos que é válida a criação, mesmo ao arpejo do que se contém na Carta Federal, para aguardar-se a eficácia do § 4º do artigo 18 e aí ter-se, quem sabe, novamente, o plebiscito com consulta às populações interessadas e, pronunciando-se as populações de forma negativa, deixará de existir o Município. Ficará ele submetido a uma condição resolutiva!¹⁸

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.316, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao acompanhar o voto do Ministro Gilmar Mendes pela aplicação da modulação, justificou seu ato pelo fato de não antever situações individuais que possam ser atingidas pela decisão, havendo “situações criadas com boa fé em razão da inexistência de fato” do Município em questão.¹⁹

Neste contexto, não poderíamos deixar de criticar a Emenda Constitucional n. 57²⁰ que pretendeu convalidar a criação de Municípios por ato normativo inconstitucional, incidindo o constituinte derivado reformador em afronta a cláusula pétrea, qual seja, separação de poderes,

18, § 4o, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n.ºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios” (ADI n. 3.682-MT. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 06/09/2007).

¹⁸ ADI n. 2.240-BA. Relator Ministro Eros Grau, DJ 03/08/2007.

¹⁹ ADI 3.316-MT. Relator Ministro Eros Grau, DJ 29/06/2007.

²⁰ EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 57, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2008. Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96: “Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.” Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

já que modulou, por Emenda Constitucional, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, atuando *in abstracto*, rompendo com o princípio da separação de poderes (artigo 60, parágrafo 4º, inciso III da Constituição Federal), considerando que apenas ao Judiciário é conferido tal mister.

3.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.022

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.022²¹, do Rio Grande do Sul, proposta pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da expressão “[...] bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais”, contida na alínea “a” do Anexo II da Lei Complementar estadual n. 10.194/1994, que atribuía à Defensoria Pública do Estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo, mantendo a eficácia da norma inconstitucional até 31 de dezembro de 2004.

O Ministro Relator Joaquim Barbosa aplicou a modulação “[...] para não causar prejuízos desproporcionais”. Concordamos com o Ministro, uma vez que a aplicação dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade causaria insegurança jurídica e a aplicação dos seus efeitos a partir da publicação tumultuaria o processo contra os servidores, viabilizando-se que o legislador gaúcho discipline a matéria adequadamente, concedendo um certo tempo. Além de que, como bem lembrado o Ministro Cezar Peluso, “[...] há dificuldade de contratar um novo advogado, para se interir da causa”. No mesmo sentido pronunciou o

²¹ Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV. 2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão “bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais”, contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004. 3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. 4. Ação julgada parcialmente procedente” (ADI n. 3.022-RS. Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 04/03/2005).

Ministro Gilmar Mendes, “[...] haverá sempre que se perguntar: e aí, quem responde agora pela representação judicial?”²²

3.6 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.660

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.660²³, do Mato Grosso do Sul, o Tribunal julgou procedente pedido formulado pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade da “Tabela J” do anexo da Lei estadual n. estadual 1.936/98, tanto em sua redação vigente, dada pela Lei estadual 3.002/2005, quanto em sua redação original. A “Tabela J” previa a destinação de percentual do produto da arrecadação das custas judiciais, cuja natureza é tributária, a entidades de classe de natureza privada, desvirtuando a destinação constitucional da taxa. Foi aplicada a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004.

O Ministro Relator Gilmar Mendes ao manifestar preocupação com a insegurança jurídica, ao fundamentar a modulação, ressaltou “[...] a questão aqui é imaginar que comecem a entrar com ação para essas entidades devolverem aquilo que receberam”²⁴, acrescentando “[...] é uma repetição de indébito a colocar o patrimônio dessas associações em xeque”.

Ousamos discordar de tal fundamentação, considerando que entidades privadas receberam dinheiro público, sem destinação específica para o interesse público, o que é repugnado pelo Texto Maior, tendo em vista o princípio republicado, o princípio da igualdade e o artigo 37, *caput*, da Constituição.

3.7 Recurso Extraordinário n. 442.683

Ao negar provimento ao recurso extraordinário n. 442.683²⁵, do Rio Grande do Sul, interposto pelo Ministério Público Federal, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª

²² Ibid.

²³ Ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. 3. Custas judiciais. Destinação a entidades privadas. Inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já manifestou, por diversas vezes, o entendimento de que é vedada a destinação dos valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado. Precedentes. 4. Ação julgada procedente. Tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, aplica-se o art. 27 da Lei nº 9.868/99, para atribuir à declaração de inconstitucionalidade efeitos a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004” (ADI n. 3.660-MS. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 09/05/2008).

²⁴ Ibid.

²⁵ EMENTA: “CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO: INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO EX NUNC. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA. I. – A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF,

Região, que, em ação civil pública, reconheceu a inconstitucionalidade da promoção por concurso interno de servidores do Tribunal Regional Trabalho daquela região, o Tribunal emprestou efeito *ex nunc* ao julgado, uma vez que à época dos fatos (entre 1987 e 1992) vigiam dispositivos da Lei n. 8.112/90 que autorizavam essa forma de provimento derivado vertical, mas que foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em 1997, com concessão de medida cautelar em 1993, com efeitos *ex nunc*, na ação direta de inconstitucionalidade n. 837²⁶, do Distrito Federal. Ressaltando a jurisprudência da Corte no sentido da impossibilidade do provimento derivado dos cargos públicos, mediante ascensão funcional, asseverou-se que, na espécie, tratar-se-ia de ação em processo subjetivo e que os atos questionados ocorreram sob a égide de legislação que os possibilitava.

O desfazimento desses provimentos diante do efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade causaria, consoante assentado no Acórdão impugnado, dano muito maior à Administração Pública e atentaria contra os princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

Como ressaltou Juliano Taveira Bernardes:

[...] a declaração de inconstitucionalidade feita no julgado-paradigma (ADIn 837/DF, j. em 27-8-98, *DJU* de 25-6-99) ocorreu numa época em que as decisões proferidas em ADIn não contavam com efeito vinculante, razão por que os juízes em geral, no âmbito dos casos concretos, possuíam ampla liberdade para mitigar os efeitos *ex tunc* advindos da decisão proferida no controle abstrato.²⁷

art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos — 1987 a 1992 —, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, “DJ” de 25.6.1999. II. — Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III. — Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. — RE conhecido, mas não provido” (RE 442.683-RS. Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 24/03/2006).

²⁶ EMENTA: “Ação direta de inconstitucionalidade. Formas de provimento derivado. Inconstitucionalidade. Tendo sido editado o Plano de Classificação dos Cargos do Poder Judiciário posteriormente à propositura desta ação direta, ficou ela prejudicada quanto aos servidores desse Poder. No mais, esta Corte, a partir do julgamento da ADIN 231, firmou o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. Outros precedentes: ADIN 245 e ADIN 97. Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei nº 8.112/90, do inciso III do artigo 8º; das expressões **ascensão** e **acesso** no parágrafo único do artigo 10; das expressões **acesso** e **ascensão** no § 4º do artigo 13; das expressões **ou ascensão** e **ou ascender** no artigo 17; e do inciso IV do artigo 33. Ação conhecida em parte, e nessa parte julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos e das expressões acima referidos” (ADI n. 837-DF. Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 25/6/1999).

²⁷ BERNARDES, Juliano Taveira. Viradas de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

3.8 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.819

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.819²⁸, de Minas Gerais, proposta pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de normas de leis estaduais (artigos 140, *caput* e parágrafo único, e 141, da Lei Complementar n. 65; artigo 55, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 15.788; artigo 135, *caput* e § 2º, da Lei n. 15.961) que davam provimento do cargo de defensor público a servidores públicos de carreiras jurídicas em extinção, sem concurso público, com efeitos prospectivos para manter os defensores investidos de forma incompatível com a Constituição, por seis meses, contados a partir de 24 de outubro de 2007, permitindo ao Estado providenciar a renovação do quadro.

Vale ressaltar que o Ministro Marco Aurélio ficou vencido nesta ação especificamente quanto ao prazo da modulação, votando no sentido de que fosse concedido o prazo de 24 meses para o fim da eficácia da lei inconstitucional, buscando garantir o acesso a Justiça aos hipossuficientes.

3.9 Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 875, n. 1.987, n. 3.243 e n. 2.727

²⁸ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 140, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, E ARTIGO 141 DA LEI COMPLEMENTAR N. 65. ARTIGO 55, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 15.788. ARTIGO 135, CAPUT E § 2º, DA LEI N. 15.961. LEIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INVESTIDURA E PROVIMENTO DOS CARGOS DA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL. SERVIDORES ESTADUAIS INVESTIDOS NA FUNÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO E NOS CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DE PENITENCIÁRIA E DE ANALISTA DE JUSTIÇA. TRANSPOSIÇÃO PARA A RECÉM CRIADA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, II, E 134, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Os preceitos objeto da ação direta de inconstitucionalidade disciplinam a forma de investidura e provimento dos cargos da carreira de Defensor Público Estadual. 2. Servidores estaduais integrados na carreira de Defensor Público Estadual, recebendo a remuneração própria do cargo de Defensor Público de Primeira Classe, sem o prévio concurso público. Servidores investidos na função de Defensor Público, sem especificação do modo como se deu a sua investidura, e ocupantes dos cargos de Assistente Jurídico de Penitenciária e de Analista de Justiça. 3. A exigência de concurso público como regra para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas confere concreção ao princípio da isonomia.

4. Não-cabimento da transposição de servidores ocupantes de distintos cargos para o de Defensor Público no âmbito dos Estados-membros. Precedentes. 5. A autonomia de que são dotadas as entidades estatais para organizar seu pessoal e respectivo regime jurídico não tem o condão de afastar as normas gerais de observância obrigatória pela Administração Direta e Indireta estipuladas na Constituição [artigo 25 da CB/88]. 6. O servidor investido na função de defensor público até a data instalada a Assembléia Nacional Constituinte pode optar pela carreira, independentemente da forma da investidura originária [artigo 22 do ADCT]. Precedentes. 7. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais o *caput* e o parágrafo único do artigo 140 e o artigo 141 da Lei Complementar n. 65; o artigo 55, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 15.788; o *caput* e o § 2º do artigo 135, da Lei n. 15.961, todas do Estado de Minas Gerais. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos, a partir de 6 [seis] meses contados de 24 de outubro de 2007” (ADI n. 3.819-MG. Ministro Eros Grau, DJ 28/03/2008).

Nas ações diretas de inconstitucionalidade n. 875²⁹, n. 1.987³⁰ e n. 2.727³¹, todas do Distrito Federal, e n. 3.243³², do Mato Grosso, houve declaração de inconstitucionalidade de parte da Lei Complementar n. 62/89, que define os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, estabelecendo o Tribunal, prazo máximo para a vigência dessa lei, o dia 31 de dezembro de 2012.

A modulação foi aplicada tendo em vista o tempo que levará para que o Congresso Nacional edite nova lei de distribuição do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, já que a atividade legislativa fica prejudicada considerando que estavam em ano de eleições.³³

²⁹ ADI n. 875-DF. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 24.2.2010.

³⁰ ADI n. 1987-DF. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 24.2.2010.

³¹ ADI n. 2727-DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 24.2.2010.

³² ADI n. 3243-MT, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 24.2.2010.

³³ “O Tribunal julgou procedentes pedidos formulados em ações diretas para, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/89 — a qual estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências —, mantendo sua vigência até 31.12.2012. Registrou-se, de início, estar-se diante de caso interessante, haja vista tratar-se de quatro ações diretas de inconstitucionalidade imbricadas por evidente relação de conexão, fenômeno que determinaria seu julgamento conjunto. Observou-se que, por outro lado, haveria intenção dos requerentes de estabelecer nítida distinção de pedidos, sendo uns pela declaração da inconstitucionalidade por omissão, e outros pela declaração de inconstitucionalidade (por ação) da aludida lei complementar. Considerou-se, no ponto, que tal diferenciação entre pedidos e causas de pedir, no caso, seria praticamente impossível em face de suas próprias características. Asseverou-se ter-se uma relativa, mas inequívoca fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou do ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, haja vista que os dois processos — o de controle de normas e o de controle da omissão — acabariam por possuir o mesmo objeto, formal e substancialmente, ou seja, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude. Em seguida, diante da reunião das ações para julgamento em conjunto, fez-se a delimitação de seu objeto. Assinalou-se que, com exceção da ADI 1987/DF, a qual teria objeto distinto, uma vez que proposta em face da suposta omissão do Congresso Nacional em regulamentar o art. 161, II, da CF, as demais ações diretas estariam dirigidas, no seu conjunto, contra o art. 2º, I e II, e §§ 1º, 2º e 3º, e Anexo Único da Lei Complementar 62/89. Apontou-se que, na ADI 2727/DF, impugnar-se-ia, ainda, parte da Decisão Normativa 44/2001, editada pelo Tribunal de Contas da União. Frisou-se, no ponto, que a referida decisão normativa, no entanto, apenas “aprova, para o exercício de 2002”, os coeficientes para o cálculo das quotas de distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Estados - FPE e do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, e que sua eficácia temporária, já exaurida naquele ano de 2002 — estaria vigente, atualmente, a Decisão Normativa 92/2008 —, retirar-lhe-ia requisito essencial para figurar como objeto de ação direta de inconstitucionalidade. No tocante aos critérios de rateio do FPM, constantes do art. 3º da lei, sua fixação seria hoje regulada pela Lei Complementar 91/97, que revogou expressamente as Leis 71 e 74, as quais promoveram mudanças substanciais no art. 3º da Lei Complementar 62/89. Considerando que a Lei Complementar 91/97 disciplinou, de forma diversa, toda a matéria tratada pelo art. 3º, concluiu-se que a mencionada Lei Complementar teria revogado, ainda que tacitamente, o referido art. 3º. Afirmou-se, ademais, que toda a argumentação desenvolvida pelo autor dirigir-se-ia contra a suposta omissão (parcial) na regulamentação dos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, não o dos Municípios. Quanto aos demais dispositivos da Lei Complementar 62/89 — os artigos 4º, 5º, 6º e 7º —, verificou-se que eles possuiriam natureza eminentemente instrumental — definição de prazos e formas para a entrega dos recursos — tanto em relação ao FPE quanto em relação ao FPM, de modo a formarem um sistema normativo também com a Lei Complementar 91/97. Destarte, eventual declaração de inconstitucionalidade da totalidade do art. 2º, e tendo em vista a mencionada revogação do art. 3º, não teria o condão de retirar a importância normativa dos referidos dispositivos (artigos 4º, 5º, 6º e 7º). Assim, entendeu-se que o objeto posto a julgamento seria constituído apenas pelo art. 2º, I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e pelo Anexo Único, da Lei Complementar 62/89. No que se refere à questão constitucional, concluiu-se que o art. 2º, I e II, §§ 1º, 2º e 3º e o Anexo Único da Lei Complementar 62/89, passados vinte anos de sua edição, não atenderiam satisfatoriamente à exigência constante do art. 161, II, da CF, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do FPE, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Asseverou-se que ela continuaria a reger a distribuição dos recursos do FPE, ou seja, até hoje estariam sendo aplicados os índices previstos, inicialmente, apenas para os exercícios de 1990 e 1991. Mencionados índices teriam sido definidos não mediante a análise de dados e informações que efetivamente retratavam a realidade socioeconômica dos

3.10 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.501

O Tribunal conheceu em parte a ação direta de inconstitucionalidade n. 2.501³⁴, de Minas Gerais, ajuizada pelo Procurador-Geral da República e, na parte conhecida, julgou

Estados brasileiros à época, mas por acordo entre os entes federativos formalizado no âmbito do CONFAZ, com base na média histórica dos coeficientes aplicados anteriormente à CF/88, quando a apuração se dava tendo como parâmetro os artigos 88 e seguintes do Código Tributário Nacional. Ressaltou-se que violaria o bom senso imaginar que lei editada em 1989, com base apenas em médias históricas apuradas à época, pudesse ainda retratar a realidade socioeconômica dos entes estaduais. Reputou-se, por conseguinte, que a manutenção de coeficientes de distribuição que não mais encontrariam amparo na realidade socioeconômica dos entes federativos produziria severas distorções no modelo inicialmente delineado pela CF/88, com repercussões gravosas à economia dos Estados. Percebeu-se, ainda, que apesar de dispor que 85% dos recursos seriam destinados às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, a Lei Complementar 62/89 não estabeleceria os critérios de rateio exigidos constitucionalmente, apenas definindo, diretamente, os coeficientes de participação dos Estados e do Distrito Federal, o que não pareceria ser o comando do art. 161, II, da CF. Por fim, não obstante a Lei Complementar 62/89 não satisfazer integralmente à exigência contida na parte final do art. 161, II, da CF, julgou-se que a sua imediata supressão da ordem jurídica implicaria inmensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, haja vista que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as transferências de recursos. Em razão disso, fez-se incidir o art. 27 da Lei 9.868/99, e declarou-se a inconstitucionalidade, sem pronúncia da nulidade, do art. 2º, I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/89, autorizando-se a aplicação da norma até 31.12.2012, lapso temporal que se entendeu razoável para o legislador reapreciar o tema, em cumprimento àquele comando constitucional. Vencido parcialmente o Min. Marco Aurélio, que julgava procedente apenas o pleito formulado na ADI por omissão 1987/DF e, no caso, não aplicava o art. 27 da Lei 9.868/99” (Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 576).

³⁴ Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. Ação não conhecida quanto aos §§ 1º e 2º do artigo 81 e ao § 2º do art. 82, todos do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que esses dispositivos, de natureza transitória, já exauriram seus efeitos. 2. A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta. 3. O alcance da expressão “supervisão pedagógica”, contida no inciso II do art. 82 do ADCT da Constituição Estadual de Minas Gerais, vai além do mero controle do conteúdo acadêmico dos cursos das instituições superiores privadas mineiras. Na verdade, a aplicação do dispositivo interfere no próprio reconhecimento e credenciamento de cursos superiores de universidades que são, atualmente, em sua integralidade privadas, pois extinto o vínculo com o Estado de Minas Gerais. 4. O simples fato de a instituição de ensino superior ser mantida ou administrada por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado basta à sua caracterização como instituição de ensino privada, e, por conseguinte, sujeita ao Sistema Federal de Ensino. 5. Portanto, as instituições de ensino superior originalmente criadas pelo estado de Minas Gerais, mas dele desvinculadas após a Constituição estadual de 1989, e sendo agora mantidas pela iniciativa privada, não pertencem ao Sistema Estadual de Educação e, consequentemente, não estão subordinadas ao Conselho Estadual de Educação, em especial no que tange à criação, ao credenciamento e descredenciamento, e à autorização para o funcionamento de cursos. 6. Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas. 7. Inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II da Constituição do Estado de Minas Gerais que se reconhece por invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da CF/88). Inconstitucionalidade por arrastamento dos § 4º, § 5º e § 6º do mesmo art. 82, inseridos pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005. 8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais - art. 10, IV c/c art. 17, I e II da lei 9.394/1996. 9. Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes freqüentaram e freqüentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo

procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade do artigo 82, § 1º, inciso II, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º, 5º e 6º, acrescentados pela Emenda Constitucional estadual 70/2005, dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais. Os dispositivos impugnados criaram a Universidade do Estado de Minas Gerais e estabeleceram outras providências, dentre elas a previsão de supervisão pedagógica do Conselho Estadual de Educação, invadindo a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação e para estabelecer normas gerais sobre educação (artigos 22, XXIV, e 24, da Constituição Federal).³⁵ O Tribunal, por maioria fixou a modulação de efeitos, a fim de que sejam considerados válidos os diplomas expedidos pelas instituições superiores atingidas pela decisão em relação aos cursos iniciados até a data do julgamento, sem prejuízo do exercício pelo Ministério da Educação, posteriormente, das suas atribuições legais.

Nesse caso a aplicação da modulação atendeu à segurança jurídica, uma vez que, como afirmo o Ministro Relator Joaquim Barbosa em seu voto “[...] milhares de estudantes frequentam cursos oferecidos pelas instituições superiores (criadas pelo Estado mas mantidas pela iniciativa privada).”³⁶

3.11 Habeas Corpus n. 82.959

No habeas corpus n. 82.959³⁷, de São Paulo, o Tribunal declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucional do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 que determinava o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime prisional integralmente fechado, ante afronta à garantia da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal). Por votação unânime, consta decisão que a declaração incidental de inconstitucionalidade não gerará

Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores.” (ADI 2501-MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 19-12-2008).

³⁵ Asseverou-se que a supervisão pedagógica do Conselho Estadual de Educação, da forma como prevista no art. 82 do ADCT estadual, não poderia alcançar a autorização, o reconhecimento e o credenciamento de cursos superiores nas instituições de ensino superior, tarefa que compete ao Ministério da Educação, de acordo com o Decreto 5.773/2006 (artigos 10, 13, 14, 15 e 34), que regulamenta a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96).

³⁶ ADI n. 2501-MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 19/12/2008.

³⁷ **Ementa:** “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.” (HC n. 82959-SP. Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 01/09/2006).

consequências jurídicas com relação às penas já extintas na data do julgamento (23/02/2006), pois a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Assim, apesar de na ementa do julgamento não constar expressa referência à modulação, o Tribunal afastou a responsabilidade civil pelo excesso das execuções nas quais a lei inconstitucional foi aplicada, incidindo efeito *ex nunc* quanto àqueles que já tiveram suas penas extintas na data do julgamento.

O Ministro Gilmar Mendes, ao votar de forma restrita pela aplicação da modulação, fundamentou seu entendimento no fato de que “[...] também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do ‘*fiat justitia, pereat res publica*’”, continuou afirmando que “[...] se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico *overruling*”, e não se pode supor que “[...] o Estado vá agora responder pela prisão, se se considera que era constitucional à época”.

Neste caso, a aplicação da modulação no sentido do não cabimento da reparação de danos, tomada pela Corte Suprema, na via estreita do *habeas corpus*, violou aos princípios constitucionais da retroatividade da lei penal mais benéfica (artigo 5º, inciso XL), da responsabilidade civil objetiva do Estado por seus atos em geral (artigo 37, § 6º), devido processo legal, ampla defesa dos interessados e pelo excesso na execução penal (artigo 5º, inciso LXXV).

3.12 Recurso Extraordinário n. 586.453

Interessante ainda, citar proposta de aplicação da modulação pela Ministra Ellen Gracie no recurso extraordinário n. 586.453, de Sergipe, interposto pela Fundação Petrobras de Seguridade Social (Petros). Esta recorreu contra Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que reconheceu a competência da Justiça trabalhista, para julgar causas envolvendo complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada. Ao conhecer e dar provimento ao recurso, entendendo que a competência para analisar a matéria é da Justiça comum, propôs uma modulação dos efeitos da decisão para que os processos que tiveram sentença proferida até o início do julgamento (03/03/2010)

prossigam na Justiça onde estiverem, até o final da execução, considerando que no próprio Supremo Tribunal Federal existiam duas posições, antes do referido julgamento.³⁸

Aduziu a Ministra que o não acolhimento da modulação poderá acarretar inegável dano à celeridade processual, estabelecida no artigo 5º, da Constituição Federal e à eficiência, prevista no *caput* do artigo 37, da Magna Carta, além de um insuportável

³⁸ “A Min. Ellen Gracie, relatora do RE 586453/SE — interposto contra Acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST que reconheceu a competência da Justiça Trabalhista para o julgamento da causa —, deu provimento ao seu recurso, propondo modulação dos efeitos de modo que os processos que tiveram sentença proferida até 3.3.2010, data do início deste julgamento, prossigam na justiça onde estiverem. Salientou, inicialmente, o fato de a matéria estar provocando grandes divergências na jurisprudência da Corte. Explicou que, quando o Acórdão recorrido reconhece que a relação firmada teve origem no contrato de trabalho e que não seria possível rever essa decisão sem o reexame de cláusulas contratuais e de provas, o Tribunal tem assentado a competência da Justiça Trabalhista. Por outro lado, quando a causa não teve origem no contrato de trabalho, tem reputado competente a Justiça Comum. Em razão de as mesmas questões estarem sendo simultaneamente decididas tanto por uma quanto por outra justiça, considerou que essa situação não deveria continuar. A Min. Ellen Gracie observou que, no caso sob análise, a complementação de aposentadoria tivera como origem um contrato de trabalho já extinto, e que, apesar de a instituição ex-empregadora ser garantidora da entidade fechada de previdência, o beneficiário não mais manteria nem com ela, nem com o fundo de previdência, relação de emprego. Ao salientar que a relação entre o associado e a entidade de previdência privada não é trabalhista, por estar disciplinada no regulamento das instituições (art. 202, § 2º, CF, regulamentado pelo art. 68 da Lei Complementar 109/2001), concluiu que a competência não poderia ser definida tendo em conta o contrato de trabalho já extinto, e que caberia à Justiça Comum o julgamento da causa, ante a inexistência de relação trabalhista entre o beneficiário e a entidade fechada de previdência complementar. Entretanto, considerando que a matéria nunca teria sido tratada de maneira uniforme no Supremo e que, em razão disso, muitos processos já julgados pela Justiça do Trabalho teriam de ser encaminhados à Justiça Comum para serem novamente sentenciados — o que ensejaria patente prejuízo à celeridade processual e à eficiência (CF, art. 5º, LXXVIII, art. 37, caput) —, e, ainda, que os sistemas processuais trabalhista e civil não possuiriam identidade de procedimentos, propôs que os efeitos da decisão, com repercussão geral, fossem limitados aos processos nos quais não houvesse sentença de mérito até a presente data. Com isso, manteve, no caso concreto, a competência da Justiça do Trabalho. No que tange às demais questões levantadas no recurso — alcance da prescrição do direito de questionar as parcelas referentes à complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada e extensão de vantagens a aposentados que tenham a complementação de aposentadoria paga por essas entidades, aplicou os efeitos da inexistência de repercussão geral (CPC, artigos 543-A, § 5º, e 543-B, § 2º). Por sua vez, o Min. Cezar Peluso, relator do RE 583050/RS — interposto contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que entendera que a relação em tela decorreria de contrato previdenciário —, negou provimento ao seu recurso. Reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da competência para conhecer de pedido de complementação de aposentadoria sobre sistema de previdência privada nos seguintes termos: 1) que a competência seria da Justiça do Trabalho, se a relação jurídica decorresse do contrato de trabalho, como afirmado pela instância a quo; 2) que a competência seria da Justiça Comum se a relação jurídica não proviesse do contrato de trabalho, nos termos do mesmo reconhecimento, isto é, da instância local; 3) sendo controversa a natureza da relação, enquanto sua solução dependesse de reexame dos fatos ou de cláusula contratual, que seria inviável o recurso extraordinário pelo obstáculo das Súmulas 729 e 454 do STF. Relativamente ao RE 586453/SE, após os votos dos Ministros Dias Toffoli, acompanhando a Min. Ellen Gracie, relatora, ao fundamento de se estar diante de duas soluções possíveis, sendo a da Min. Ellen Gracie a que traria maior efetividade e racionalidade ao sistema, pondo fim às controvérsias existentes sobre as competências, e dos votos dos Ministros Cezar Peluso e Cármen Lúcia, que, diante do fato de o tribunal de origem ter reconhecido que a relação jurídica decorreria de contrato de trabalho, negavam provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Min. Joaquim Barbosa. Quanto ao RE 583050/RS, a Min. Cármen Lúcia aderiu à tese do Min. Cezar Peluso, reputando ausentes, no caso, as condições constitucionais para conhecimento e provimento do recurso. Após os votos dos Ministros Dias Toffoli e Ellen Gracie, que também negavam provimento ao recurso de relatoria do Min. Cezar Peluso, mas por fundamento diverso, pediu vista dos autos o Min. Joaquim Barbosa. A Ministra no que foi acompanhada pelo Senhor Ministro Dias Toffoli, e após os votos dos Senhores Ministros Cármen Lúcia e Cezar Peluso, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 577, 1-5 MAR. 2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo577.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

prejuízo aos interessados. Todavia, tal julgamento não foi concluído até o término deste estudo.

3.13 Recursos Extraordinários n. 559.943-4, n. 559.882-9, n. 560.626-1 e n. 556.664-1

Nos recursos extraordinários n. 559.943-4³⁹, n. 559.882-9, n. 560.626-1⁴⁰, e n. 556.664-1⁴¹, todos do Rio Grande do Sul, o Tribunal julgou inconstitucionais os artigos 45 e

³⁹ Ementa: “DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DOS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI N. 8.212/1991. ARTIGO 146, INCISO III, ALÍNEA B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. ARTIGOS 173 E 174 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Constituição da República de 1988 reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência, nos termos do art. 146, inciso III, alínea b, in fine, da Constituição da República. Análise histórica da doutrina e da evolução do tema desde a Constituição de 1946. 2. Declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, por disporem sobre matéria reservada à lei complementar. 3. Recepcionados pela Constituição da República de 1988 como disposições de lei complementar, subsistem os prazos prescricional e decadencial previstos nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional. 4. Declaração de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, salvo para as ações judiciais propostas até 11.6.2008, data em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991. 5. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.” (RE n. 559943-RS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ 26/09/2008).

⁴⁰ Ementa: “PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento” (RE n. 560626-RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 05/12/2008).

⁴¹ “PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO

46 da Lei ordinária n. 8.212/91⁴², que alargavam os prazos para cobrança de contribuições previdenciárias (dez anos), por violação ao artigo 146, III, “b”, da Constituição Federal de 1988, e ao artigo 5º, parágrafo único⁴³ do Decreto-lei n. 1.569/77, em face do artigo 18, § 1º, da Constituição Federal de 67, com a redação dada pela emenda constitucional n. 1/69, e, restringiu os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com fundamento na segurança jurídica para que sejam legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento, prejudicando o contribuinte que não exerceu o direito constitucional de ação ou petição.

O Ministro Gilmar Mendes fundamentou a modulação de efeitos tendo “[...] em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese.”⁴⁴

Entendemos que o Supremo suprimiu direitos fundamentais deixando prevalecer o prazo de caducidade previsto em lei inconstitucional, em prejuízo à segurança jurídica do cidadão que confiou na aplicação da Constituição Federal. Suprimiu o núcleo de direitos fundamentais do cidadão em benefício do Fisco, atuando como verdadeiro Constituinte Originário.⁴⁵ Em tópico próprio teceremos considerações acerca da impossibilidade da modulação prejudicar o contribuinte.

TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e **não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento**” (RE n. 556.664-1-RS. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 14/11/2008).

⁴² Artigo 45: “O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados: [...]”. Artigo 46: “O direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos”.

⁴³ Artigo 5º: “Sem prejuízo da incidência da atualização monetária e dos juros de mora, bem como da exigência da prova de quitação para com a Fazenda Nacional, o Ministro da Fazenda poderá determinar a não inscrição como Dívida Ativa da União ou a sustação da cobrança judicial dos débitos de comprovada inexecução e de reduzido valor. Parágrafo único - A aplicação do disposto neste artigo suspende a prescrição dos créditos a que se refere”.

⁴⁴ **RE n. 559943-RS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ 26/09/2008.**

⁴⁵ Que é ilimitado, incondicionado e soberano. Manoel Gonçalves Ferreira Filho discorre: “Dentro de uma perspectiva positivista, o Poder Constituinte é *juridicamente ilimitado*, por uma razão óbvia, porque, para a doutrina positivista, não há direito antes da manifestação do Poder Constituinte, portanto, não há direito que possa ser invocado contra o Poder Constituinte”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 70). Assim, como leciona Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira: “[...] toda e qualquer interpretação judicial encontra limites, já que o Poder Judiciário é poder constituído”. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2005. p.101. No mesmo sentido, ensina André Ramos Tavares: “O magistrado (seja um Ministro, um desembargador ou um juiz) tem limitado seu campo ao preceito legal”, “não se admitindo que o julgador se substitua ao legislador, fugindo da literalidade da lei”. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 227 e 239).

Vale observar que foi aprovada a Súmula Vinculante n. 8⁴⁶, publicada dia 11 de novembro de 2008, baseada no julgamento dos recursos extraordinários em discussão. Contudo, na ata⁴⁷ que aprovou a referida Súmula Vinculante, “[...] não existiu nenhum registro válido de debate sobre modulação.”⁴⁸ Não obstante, entendemos que a tendência do Pretório Excelso será admitir que a referida súmula vinculante só tenha efeitos para repetições de indébitos requeridas até a data dos julgamentos dos recursos acima citados, já que há deliberação sobre modulação nos recursos extraordinários.

Registramos nossa discordância com a exigência de previsão expressa de modulação de efeitos de súmula com efeito vinculante prevista no artigo 4º da Lei n. 11.417/2006⁴⁹, devendo a decisão sobre a modulação dos efeitos da Súmula ser publicada juntamente com a mesma, garantindo-se a certeza do direito, como exigência da segurança jurídica.

3.14 Recurso Extraordinário n. 363.852

O recurso extraordinário n. 363.852⁵⁰, do Mato Grosso do Sul foi interposto pelo Frigorífico Mataboi S/A contra o Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que manteve sentença proferida no sentido da constitucionalidade do artigo 1º, da Lei 8.540/92, que, ao dar nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, previa o recolhimento de contribuição para o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural) sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores, pessoas naturais. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo, desobrigando os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou de seu recolhimento por sub-rogação sobre a

⁴⁶ Súmula Vinculante 8: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569 / 77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212 / 91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

⁴⁷ A ata é aquela da vigésima segunda sessão plenária do STF, do dia 12.06.2008, publicada no Diário de Justiça do dia 11.09.2008.

⁴⁸ Tal fato foi também percebido por Henrique de Mello Franco, Não existe modulação para a Súmula do Supremo. FRANCO, Henrique de Mello. Não existe modulação para súmulas do supremo. **Consultor Jurídico**, 21. Fev. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-21/nao-existe-modulacao-sumula-vinculante-supremo#autores>> Acesso em: 20 abr. 2011.

⁴⁹ Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, artigo 4º: “A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 577, 14-18 nov. 2005 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo409.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2011. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 450, 27 nov.- 01 dez. 2006 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo450.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, venha a instituir a contribuição⁵¹. O pedido do Instituto Nacional do Seguro Social, no sentido de modular os efeitos da decisão foi rejeitado por maioria, vencida a Senhora Ministra Ellen Gracie.

O fundamento utilizado pela citada Ministra foi o de evitar uma possível enxurrada de ações na Justiça de primeiro grau que, segundo ela, vai de encontro ao esforço em curso para tornar o Judiciário mais ágil, e de que a restituição de contribuições ao Funrural, já efetuadas propiciaria um enriquecimento ilícito, visto que as contribuições recolhidas no passado certamente foram incorporadas pelos produtores aos preços dos seus produtos.⁵²

Nesse caso, a aplicação da modulação na declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, resultaria na supressão do direito à própria devolução (artigo 165, inc. I, do Código Tributário Nacional), autorizando a União a permanecer com o produto da arrecadação inconstitucional.⁵³

3.15 Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.001 e n. 4009

O Tribunal, tendo em vista ofensa ao disposto no artigo 37, XIII, da Constituição Federal, que veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal do serviço público, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado nas ações diretas de inconstitucionalidade n. 4.001⁵⁴ e

⁵¹ Entendeu-se ter havido bitributação, ofensa ao princípio da isonomia e criação de nova fonte de custeio sem lei complementar. Considerando as exceções à unicidade de incidência de contribuição previstas nos artigos 239 e 240 das Disposições Constitucionais Gerais, concluiu-se que se estaria exigindo do empregador rural, pessoa natural, a contribuição social sobre a folha de salários, como também, tendo em conta o faturamento, da COFINS, e sobre o valor comercializado de produtos rurais (Lei 8.212/91, art. 25), quando o produtor rural, sem empregados, que exerça atividades em regime de economia familiar, só contribui, por força do disposto no art. 195, § 8º, da CF, sobre o resultado da comercialização da produção. Além disso, reputou-se que a incidência da contribuição sobre a receita bruta proveniente da comercialização pelo empregador rural, pessoa natural, constituiria nova fonte de custeio criada sem observância do art. 195, § 4º, da CF, uma vez que referida base de cálculo difere do conceito de faturamento e do de receita. (RE n. 363.852-MS)

⁵² CRISTO, Alessandro. Supremo declara Funrural inconstitucional. **Consultor Jurídico**, 3 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-03/supremo-declara-funrural-inconstitucional-nao-modula-decisao>>. Acesso em: 3 fev. 2010.

⁵³ O Instituto alegou que haveria risco potencial de uma enxurrada de tais ações provocar um rombo superior a R\$ 11 bilhões nas contas da Previdência. CRISTO, Alessandro. Supremo declara Funrural inconstitucional. **Consultor Jurídico**, 3 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-03/supremo-declara-funrural-inconstitucional-nao-modula-decisao>>. Acesso em: 3 fev. 2010.

⁵⁴ Aplicam-se à ação direta de inconstitucionalidade n. 4.001 as razões de decidir referentes à ação direta de inconstitucionalidade n. 4.009.

n. 4009⁵⁵, ambas ajuizadas pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) contra atos normativos do Estado de Santa Catarina que reorganizam a estrutura administrativa e dispõem sobre a remuneração dos profissionais do Sistema de Segurança Pública estadual. Declarou-se, com eficácia *ex nunc*, a partir da publicação do acórdão, a inconstitucionalidade das seguintes expressões: “[...] de forma a assegurar adequada proporcionalidade de remuneração das diversas carreiras com a de delegado de polícia”, contida no artigo 106, § 3º, da Constituição estadual; “[...] assegurada a adequada proporcionalidade das diversas carreiras com a do Delegado Especial”, constante do artigo 4º da Lei Complementar estadual n. 55/92; “[...] mantida a proporcionalidade estabelecida em lei que as demais classes da carreira e para os cargos integrantes do Grupo Segurança Pública - Polícia Civil”, do artigo 1º da Lei Complementar estadual 99/93⁵⁶. Por arrastamento, declarou-

⁵⁵ Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADI'S 4.009 E 4.001. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA REQUERENTE — ADEPOL. LEI COMPLEMENTAR N. 254, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2003, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 374, DE 30 DE JANEIRO DE 2007, AMBAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E REMUNERAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA ESTADUAL. ARTIGO 106, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO CATARINENSE. LEIS COMPLEMENTARES NS. 55 E 99, DE 29 DE MAIO DE 1.992 E 29 DE NOVEMBRO DE 1.993, RESPECTIVAMENTE. VINCULAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO DE ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS DOS POLICIAIS CIVIS E MILITARES À REMUNERAÇÃO DOS DELEGADOS. ISONOMIA, PARIDADE E EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. JURISPRUDÊNCIA DO STF: VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XIII; 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA "A", E 63, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PROIBIÇÃO DE VINCULAÇÃO E EQUIPARAÇÃO ENTRE REMUNERAÇÕES DE SERVIDORES PÚBLICOS. PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A legitimidade ad causam da requerente foi reconhecida por esta Corte em oportunidade anterior — entidade de classe de âmbito nacional, com homogeneidade em sua representação, que congrega Delegados de Carreira das Polícias Federal, Estaduais e do Distrito Federal. 2. O objeto desta ação direta diz com a possibilidade de equiparação ou vinculação de remunerações de servidores públicos estaduais integrados em carreiras distintas. 3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no que tange ao não-cabimento de qualquer espécie de vinculação entre remunerações de servidores públicos [artigo 37, XIII, da CB/88]. Precedentes. 4. Violação do disposto no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea a, da Constituição do Brasil — “são de iniciativa privativa do presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”. 5. Afronta ao disposto no artigo 63, inciso I, da Constituição do Brasil — “não será admitido aumento de despesa prevista: I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvados o disposto no art. 166, §§ 3º e 4º”. 6. É expressamente vedado pela Constituição do Brasil o atrelamento da remuneração de uns servidores públicos à de outros, de forma que a majoração dos vencimentos do grupo paradigma consubstancie aumento direto dos valores da remuneração do grupo vinculado. 7. Afrontam o texto da Constituição do Brasil os preceitos da legislação estadual que instituem a equiparação e vinculação de remuneração. 8. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade: [i] do trecho final do § 3º do artigo 106 da Constituição do Estado de Santa Catarina: “de forma a assegurar adequada proporcionalidade de remuneração das diversas carreiras com a de delegado de polícia”; [ii] do seguinte trecho do artigo 4º da LC n. 55/92 “[...], assegurada a adequada proporcionalidade das diversas carreiras com a do Delegado Especial”; [iii] do seguinte trecho do artigo 1º da LC 99: “mantida a proporcionalidade estabelecida em lei que as demais classes da carreira e para os cargos integrantes do Grupo Segurança Pública - Polícia Civil”; e, [iv] por arrastamento, do § 1º do artigo 10 e os artigos 11 e 12 da LC 254/03, com a redação que lhe foi conferida pela LC 374, todas do Estado de Santa Catarina. 9. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos, a partir da publicação do acórdão. 10. Aplicam-se à ADI n. 4.001 as razões de decidir referentes à ADI n. 4.009” (ADI n. 4009-SC, Ministro Relator Eros Grau, DJ 29/05/2009).

⁵⁶ O artigo 106 da Constituição catarinense, o artigo 4º da Lei Complementar (LC) 55/92 e o artigo 1º da LC 99/93 já haviam sido suspensos cautelarmente por decisão do Supremo, na análise da ADI n. 1037, ressalta a associação.

se a inconstitucionalidade do artigo 10, § 1º, e dos artigos 11 e 12 da Lei Complementar estadual n. 254/2003, com a redação dada pela Lei Complementar estadual n. 374/2007⁵⁷. Com esta decisão, os militares catarinenses deixarão de receber um acréscimo no salário existente desde 1992.

O Ministro Relator Eros Grau propôs a modulação tendo em vista o fato dos preceitos atacados estarem em vigência desde 1992, e, dos efeitos *ex tunc* da declaração, resultariam prejuízos e insegurança jurídica.⁵⁸

Neste caso, a não aplicação da modulação significaria a supressão do princípio da confiança legítima⁵⁹, já que os militares que receberam salários com acréscimo, o fizeram de boa-fé, conforme previam as leis do Estado, e, da segurança jurídica, além dos prejuízos para os profissionais.

3.16 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 1923⁶⁰, do Distrito Federal, o Ministro Ayres Britto entendeu inconstitucionais os artigos 18 a 22 da Lei 9.637/98, que estabelecerem um mecanismo pelo qual o Estado poderia transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia, tendo em vista que a Constituição determina, quanto aos serviços estritamente públicos, que o Estado os preste diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização. Propôs a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sob o fundamento de que estes

⁵⁷ Vencido, quanto ao mérito, o Ministro Marco Aurélio, que julgava o pedido improcedente, e, vencidos, quanto à modulação dos efeitos, os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Alguns precedentes citados: ADI 191/RS (DJE de 7.3.2008); ADI 64/RO (DJE de 22.2.2008); RE 218874/SC (DJE de 1º.2.2008); ADI 3853/MS (DJE de 26.10.2007); ADI 955/PB (DJU de 25.8.2006); ADI 2831 MC/RJ (DJU de 28.5.2004).

⁵⁸ Cf. ADI n. 4009-SC. Ministro Relator Eros Grau, DJ 29/05/2009.

⁵⁹ Vale observar a diferença entre o princípio da confiança legítima e o princípio da boa fé: “A incidência do princípio da confiança legítima dá-se com inserção de uma norma no sistema jurídico: o próprio sistema exige que o administrado acredite na correção dessa norma e, por isso, protege sua confiança, dando um peso maior às razões favoráveis à manutenção da norma do sistema. O princípio da boa fé é bem mais complexo: ele exige que os sujeitos, ao se relacionarem, atuem com lealdade e ética e, de certa forma, favorece quem tenha obedecido a essa exigência e desfavorece quem tenha violado” MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo, Malheiros, 2008. p. 316.

⁶⁰ **Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e Academia Brasileira de Ciências, o Dr. Rubens Naves; pelos *amici curiae* Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná – SINDSAÚDE/PR, respectivamente, o Dr. Ludimar Rafanhim e o Dr. Ari Marcelo Sólton e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 31.03.2011. (ADI 1923/DF, rel. Min. Ayres Britto, DJ 31.3.2011).

dispositivos vigorariam há mais de 12 anos, que a Corte teria indeferido o pedido de medida cautelar e que não seria razoável a desconstituição de situações de fato que adquiriram contornos de estratificação.

Vale observar que a ação em comento não foi julgada até data do término desta dissertação.

Neste caso, a não aplicação da modulação significará a supressão do princípio da confiança legítima, já que os particulares envolvidos nos serviços estritamente públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia, transferidos nos termos artigos 18 a 22 da Lei 9.637/98, o fizeram de boa-fé, e, da segurança jurídica.

3.17 Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3601

O Plenário do Supremo Tribunal Federal acolheu os embargos de declaração⁶¹ para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital nº 3.642/2005 a partir da publicação do acórdão.

Os embargos de declaração foram interpostos contra a decisão da ação direta de Inconstitucionalidade n. 3601 que, sem mencionar eventual modulação dos efeitos da decisão, considerou inconstitucional, por vício de iniciativa na formulação, a lei distrital n. 3.642/05. Esta lei dispõe sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal.

Os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello entenderam não haver razões para o acolhimento dos embargos do governador sob o fundamento de que, se na época o tribunal

⁶¹ EMENTA: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 3.642/05, QUE “DISPÕE SOBRE A COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL”. AUSÊNCIA DE PEDIDO ANTERIOR. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração. 3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional. 4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional. 5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital nº 3.642/05 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado.” (STF Embargos de declaração na Ação direta de inconstitucionalidade n. 3601/DF; Relator: Ministro Menezes de Direito DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 15/12/2010 - ATA Nº 64/2010. DJE nº 244, divulgado em 14/12/2010)

não se manifestou sobre prazos para a nulidade da lei distrital, aplicam-se os feitos “*ex tunc*” à decisão⁶².

O ministro Marco Aurélio criticou a Câmara Legislativa do Distrito Federal por insistir em leis sobre o regime jurídico dos policiais civis, já que em 2000 (cinco anos antes), o Supremo já havia impedido uma tentativa semelhante⁶³:

Implementa-se a edição de uma lei à margem da Constituição Federal apostando-se na passagem do tempo e na morosidade da Justiça para perpetuar situações que não foram legitimamente constituídas.⁶⁴

Já para Joaquim Barbosa, que concordou com a maioria dos ministros no sentido da aplicação da modulação, a Procuradoria-Geral da República (PGR) questionou a lei distrital dois meses após a sua promulgação, mas não houve tempo hábil para o respectivo julgamento⁶⁵. Concluiu:

Durante todo esse tempo, vários policiais foram processados e punidos com base nessa lei, mas ela foi tempestivamente impugnada através da ação direta. Normalmente, sou bastante parcimonioso na aplicação do artigo 27, mas, nesse caso, concordo com a mudança.⁶⁶

A aplicação de efeitos *ex tunc* às decisões em testilha, conforme o Ministro Joaquim Barbosa, geraria enorme instabilidade jurídica, já que durante anos, vários policiais foram processados e punidos com base nessa lei, inconstitucional⁶⁷.

3.18 Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 500171

O Plenário do Supremo Tribunal Federal acolheu os embargos de declaração⁶⁸ interposto contra decisão do Recurso Extraordinário n. 500171⁶⁹, de Goiás, para modular os

⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo adia possível modulação da nulidade de lei distrital sobre policiais civis **Notícias STF**, 17, jun. 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154672&tip=UN> > Acesso em: 14 ago. 2010..

⁶³ Ibid..

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inconstitucionalidade de lei distrital sobre comissão da PC-DF vale a partir da publicação do acórdão. **Notícias STF**, 9, set. 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=161173&caixaBusca=N> > Acesso em: 1 set. 2011.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inconstitucionalidade de lei distrital sobre comissão da PC-DF vale a partir da publicação do acórdão. **Notícias STF**, 9, set. 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=161173&caixaBusca=N> > Acesso em: 1 set. 2011.

efeitos da declaração de inconstitucionalidade da cobrança de taxa de matrícula pelas universidades públicas, por violação ao disposto no artigo 206, inciso IV, da Constituição Federal⁷⁰.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, entendeu pela modulação já que a devolução em massa das taxas iria repercutir sobre as universidades, as quais possuem orçamentos comprometidos.

Aqui, como nos recursos extraordinários n. 559.943-4, n. 559.882-9, n. 560.626-1, e n. 556.664-1, todos do Rio Grande do Sul, o Supremo Tribunal Federal suprimiu o núcleo de direitos fundamentais do cidadão em benefício do Fisco, atuando como verdadeiro Constituinte Originário.

3.19 Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4375 e n. 4391

Por reputar usurpada a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho (CF, art. 22, I, e parágrafo único), o Tribunal, por maioria, julgou integralmente procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade n. 4391⁷¹, do Rio de

⁶⁸EMENTA: “CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. I – Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário. II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico. III – Embargos de declaração acolhidos”. (STF, ED em RE n. 500171 **Ministro Relator Ricardo Lewandowski**. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 03/06/2011 - ATA Nº 84/2011. DJE nº 106, divulgado em 02/06/2011)

⁶⁹ O Recurso Extraordinário n. 500171 foi interposto pela Universidade Federal de Goiás (UFG) contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, favorável a sete candidatos que passaram no vestibular daquela instituição de ensino superior.

⁷⁰ No julgamento ocorrido em 2008, os ministros do STF aprovaram, por unanimidade, a redação da Súmula Vinculante nº 12: “A cobrança de taxa de matrícula nas Universidades Públicas viola o disposto no artigo 206, inciso IV, da Constituição Federal”.

⁷¹ EMENTA: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei estadual que fixa piso salarial para certas categorias. CNI. Preliminar de ausência parcial de pertinência temática. Rejeitada. Expressão “que o fixe a maior” contida no caput do artigo 1º da Lei estadual nº 5.627/09. Direito do trabalho. competência legislativa privativa da União delegada aos Estados e ao Distrito Federal. Expressão que extravasa os limites da delegação de competência legislativa conferida pela União aos Estados por meio da Lei Complementar nº 103/00. Ofensa ao artigo 22, inciso I e parágrafo único, da Lei Maior. 1. A exigência de pertinência temática não impede o amplo conhecimento da ação, com a declaração de inconstitucionalidade da norma para além do âmbito dos indivíduos representados pela entidade requerente, quando o vício de inconstitucionalidade for idêntico para todos os seus destinatários. Preliminar rejeitada. 2. A competência legislativa do Estado do Rio de Janeiro para fixar piso salarial decorre da Lei Complementar federal nº 103, de 2000, mediante a qual a União, valendo-se do disposto no artigo 22, inciso I e parágrafo único, da Carta Maior, delegou aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir piso salarial para os empregados que não tenham esse mínimo definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Trata-se de lei estadual que consubstancia um exemplo típico de exercício, pelo legislador federado, da figura da competência privativa delegada. 3. A expressão “que

Janeiro, proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI). Assim, declarou a inconstitucionalidade da expressão “que o fixe a maior”, contida no caput do art. 1º da Lei 5.627/2009, do Estado do Rio de Janeiro, o qual institui pisos salariais, no âmbito estadual, para as categorias profissionais que menciona, não definidos em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho que os fixem a maior.

Repeliu-se, ademais, a pretendida modulação de efeitos, uma vez que a expressão questionada estaria com a sua eficácia suspensa desde 9.2.2010, por decisão proferida pela Corte local, em sede de representação de inconstitucionalidade.

3.20 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4125

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4125⁷², de Tocantins, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a inconstitucional da Lei estadual 1.950/2008, que, em

o fixe a maior” contida no **caput** do artigo 1º da Lei estadual nº 5.627/09 tornou os valores fixados na lei estadual aplicáveis, inclusive, aos trabalhadores com pisos salariais estabelecidos em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho inferiores a esse. A inclusão da expressão extrapola os limites da delegação legislativa advinda da Lei Complementar nº 103/2000, violando, assim, o art. 22, inciso I e parágrafo único, da Constituição Federal, por invadir a competência da União para legislar sobre direito do trabalho. 4. Não há no caso mera violação indireta ou reflexa da Constituição. A lei estadual que ultrapassa os limites da lei delegadora de competência privativa da União é inconstitucional, por ofensa direta às regras constitucionais de repartição da competência legislativa. Existindo lei complementar federal autorizando os Estados-membros a legislar sobre determinada questão específica, não pode a lei estadual ultrapassar os limites da competência delegada, pois, se tal ocorrer, o diploma legislativo estadual incidirá diretamente no vício da inconstitucionalidade. Atuar fora dos limites da delegação é legislar sem competência, e a usurpação da competência legislativa qualifica-se como ato de transgressão constitucional. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF, ADI 4391 / RJ - RIO DE JANEIRO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-06-2011)

⁷² EMENTA: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO “CARGOS EM COMISSÃO” CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO CAPUT DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES “ATRIBUIÇÕES”, “DENOMINAÇÕES” E “ESPECIFICAÇÕES” DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A legislação brasileira não admite desistência de ação direta de inconstitucionalidade (art. 5º da Lei n. 9.868/99). Princípio da Indisponibilidade. Precedentes. 2. A ausência de aditamento da inicial noticiando as alterações promovidas pelas Leis tocantinenses ns. 2.142/2009 e 2.145/2009 não importa em prejuízo da Ação, pela ausência de comprometimento da essência das normas impugnadas. 3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidenciam a inobservância do princípio da proporcionalidade. 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes. 5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais. 6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado,

desrespeito ao princípio da proporcionalidade, criou cerca de 35 mil cargos comissionados⁷³, estipulou o prazo de 12 meses para que o estado se adequasse à Constituição Federal, provendo os cargos com aprovados em concurso público, evitando prejuízos para que a administração pública de Tocantins.

Neste caso, a não aplicação da modulação significaria a supressão do princípio da confiança legítima, já que aqueles que ocupavam os cargos em comissão o fizeram de boa-fé, conforme previam as leis do Estado, e, da segurança jurídica.

contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes. 7. A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre “as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado”, é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei. 8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões “atribuições”, “denominações” e “especificações” de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008. 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocaninense n. 1.950. “ (STF ADI 4125/TO, Relator: MIN. CÁRMEN LÚCIA DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 15/02/2011 - ATA Nº 11/2011. DJE nº 30, divulgado em 14/02/2011)

⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF derruba lei que criou 35 mil cargos comissionados em Tocantins e dá 12 meses para estado realizar concursos. **Notícias STF**. 10 jun.. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154187&caixaBusca=N>> Acesso em: 1 set. 2011.

CAPÍTULO 4 LIMITES À APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO

Após mencionarmos alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que discutiram a aplicação do instituto da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, necessárias algumas considerações sobre a imposição de limites à aplicação do objeto do nosso estudo.

A modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade se fundamenta em dois requisitos materiais: razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, representando a melhor técnica para assegurar a supremacia da Constituição como um todo (“princípio da máxima preservação da supremacia constitucional”¹),² evitando situações absurdas. Ora, como leciona Carlos Maximiliano: “[...] deve o Direito ser interpretado **inteligentemente**, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.”³

O uso indevido da modulação, tão criticada por Lenio Luiz Streck⁴, pode representar estímulo à prática de atos inconstitucionais, decorrente da tolerância com a violação à Constituição, já que, ao preservar os seus efeitos, o Tribunal desestimula os legisladores a fazer um controle preventivo mais rígido da constitucionalidade da norma que vão editar, fato que contribui para o enfraquecimento da ordem constitucional, e, inclusive, bem como, violação à direitos fundamentais.

Nota-se ainda a importância da imposição destes limites se analisarmos os dados relatados por Rui Medeiros quanto à ampla aplicação da modulação em Portugal, desde a sua adoção. Entre 1983 e 1986, em quase 1/3 das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral foi aplicada a modulação. Entre 1989 e 1997, pelo menos 18 das cinquenta declarações de inconstitucionalidade proferidas em processos de controle abstrato de normas, tiveram os efeitos de suas declarações, modulados.⁵

Assim, propomos alguns limites à aplicação da modulação que, a fim de “[...] imprimir maior racionalidade e possibilidade de controle intersubjetivo ao processo que resulta numa

¹ FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC**. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 121. Ver Capítulo III, item 2.

² Cf. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 171.

³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 7. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1961. p. 166.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 541.

⁵ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 689.

decisão jurídica (Larenz, Müller, Alexy), fixam o próprio ordenamento jurídico como limite para construção, pelo intérprete, do significado da norma.”⁶

Os limites aqui tratados dizem respeito, conforme analisaremos a seguir, às cláusulas pétreas, aos direitos fundamentais, ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, à retroatividade da lei penal mais benéfica e à retroatividade da lei tributária benéfica.

Vale lembrar que o rol de limites à aplicação da modulação, presente neste trabalho, é meramente exemplificativo, sem prejuízo da contribuição doutrinária e jurisprudencial estabelecendo outros. Afinal, como ressalta Clèmerson Clève, “[...] a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias”⁷.

4.1 Cláusulas Pétreas

As cláusulas pétreas, como é cediço, são limitações materiais ao poder constituinte de reforma, consagradas pelo artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal, e têm por finalidade básica preservar a identidade material da Constituição, protegendo institutos e valores essenciais, além de permitir a continuidade do processo democrático.⁸

Quanto à finalidade da cláusula pétrea:

O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão-só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem missão de inibir mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.⁹

Constituem cláusulas pétreas:

- (i) a forma federativa de Estado;
- (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico;
- (iii) a separação dos Poderes;
- (iv) os direitos e garantias individuais.

⁶ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 92. Nota-se que estes limites deveriam ser regulamentados por lei.

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 255.

⁸ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 85.

⁹ MENDES, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 208-209.

Ora, se até Emenda à Constituição (que exige quórum de três quintos em dois turnos para sua aprovação¹⁰) pode ser declarada inconstitucional por infringir cláusula pétrea, não pode o Poder Judiciário permitir a permanência de efeitos de lei que as infringirem, sob pena deste transformar-se em Poder Constituinte Originário, o que lhe é defeso.

Tendo em vista a teoria positivista, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que não admite a tese da inconstitucionalidade das normas constitucionais elaboradas pelo Poder Constituinte Originário¹¹, as cláusulas pétreas só poderiam ser “pétreas” se não garantidas em nova Constituição.

Vale observar que as cláusulas pétreas constituem, conforme consenso na doutrina e no Supremo Tribunal Federal, preceitos fundamentais¹². Assim, não poderá ser aplicada a modulação temporal que implique em violação à cláusula pétrea inclusive em ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

4.1.1 *Direitos Fundamentais*

Inegável a íntima relação entre os direitos fundamentais e a Constituição, senão vejamos.

Canotilho descreve como “[...] uma noção habitual e tendencialmente rigorosa de Constituição” a “[...] ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político.”¹³ No mesmo trabalho, afirma, ao tratar de “reserva de constituição”, que “[...] as experiências constitucionais apontam já para alguns ‘referentes’ decisivos destas ‘expectativas de prestação’ da constituição: elas devem ‘identificar’ a posição do homem no mundo estruturado da ordem constitucional, o que significa a ‘quase obrigatoriedade’ de plasmar um catálogo de direitos fundamentais (artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).¹⁴

¹⁰ Artigo 60, parágrafo 2º, da Constituição Federal: “A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

¹¹ Cf. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROMEU, Luciana Campanelli. Tese positivista pode levar a uma realidade injusta. Consultor Jurídico, São Paulo, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-set-08/adotar-tese-positivista-levar-realidade-injusta>>. Acesso: 1 set. 2011.

¹² Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: Juspdvum, 2010. p. 264.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina., 1989. p. 12.

¹⁴ Ibid. p. 106.

Além de que, existe uma “relação de mútua dependência” entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, “valor constitucional supremo”, fundamento do Estado brasileiro (artigo 1º, III, da Constituição Federal).¹⁵

Assim, como leciona Angela Cristitna Pelicioli:

[...] a defesa dos direitos fundamentais é fator que determina a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, devendo este atuar não só como garante da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, mas como legislador positivo, nos limites impostos pela Constituição, sob pena de que a efetividade da ordem constitucional, no que tange aos direitos fundamentais, se transforma em ‘folha morta que a corrente transporta’.¹⁶

Dessa forma, a modulação, como forma de melhor atender a supremacia da constituição deve ter em vista sempre a preservação dos direitos fundamentais, os quais não poderão ser suprimidos, já que a Constituição existe para defesa dos titulares de direitos fundamentais, dentre os abaixo citados, exemplificativamente.

Como preceitos fundamentais¹⁷, os direitos fundamentais não podem ser violados pela aplicação da modulação, inclusive em ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental

4.1.1.1 Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada

Entendemos que a aplicação da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A Constituição Federal garante no seu artigo 5º, inciso XXXVI que “[...] a *lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”¹⁸, e, como leciona Emílio Peluso Neder Meyer, “[...] o princípio da segurança jurídica¹⁹ estaria evidenciado nas

¹⁵ Cf. NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 372-373.

¹⁶ PELICOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional**: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: LTr, 2008.

¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 4. ed. Salvador: Jusdivum, 2010 p.264.

¹⁸ Essa norma teve origem no artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil e no plano constitucional em 1934 (“CAPÍTULO II - Dos Direitos e das Garantias Individuais, artigo 113: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 3) A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”).

¹⁹ A imutabilidade da coisa julgada visa garantir a certeza do direito e estabilidade das relações jurídicas, dos quais decorre o princípio da segurança jurídica que significa: “À implantação de um valor específico, qual seja o de

disposições do artigo 5º, inciso XXXVI, e no próprio artigo 1º, no ‘macroprincípio’ do Estado de Direito^{20,21}.

O ato jurídico perfeito, verdadeira cláusula pétrea²², foi objeto, inclusive, da súmula vinculante n. 1, que diz: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.”²³

Sobre a coisa julgada devem ser feitas algumas observações.

A imutabilidade da coisa julgada visa garantir a certeza do direito e estabilidade das relações jurídicas, dos quais decorre o princípio da segurança jurídica que significa:

À implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações interhumanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas.²⁴

coordenar o fluxo das interações interhumanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade *passado/futuro* é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas”. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 92. “Além de tudo, como conclui Radbruch, um direito incerto é também um direito injusto, pois não é capaz de assegurar a fatos futuros tratamento igual” (Ministro Moreira Alves, STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF).

²⁰ Artigo 1º, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

²¹ MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008. p. 120.

²² Nesse sentido: LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 725.

²³ Essa súmula vinculante é fundada nas relevantes conclusões obtidas por este Plenário no julgamento do RE n. 418.918, julgado em 30.03.2005 e publicado no DJ de 107.2005, que está assim ementado: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO DAS CONTAS VINCULADAS DO FGTS. DESCONSIDERAÇÃO DO ACORDO FIRMADO PELO TRABALHADOR. VÍCIO DE PROCEDIMENTO. ACESSO AO COLEGIADO. 1. Superação da preliminar de vício procedimental ante a peculiaridade do caso: matéria de fundo que se reproduz em incontáveis feitos idênticos e que na origem (Turmas Recursais dos Juizados Especiais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro) já se encontra sumulada. 2. Inconstitucionalidade do Enunciado nº 21 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que preconiza a desconsideração de acordo firmado pelo trabalhador e previsto na Lei Complementar nº 110/2001. Caracterização de afastamento, de ofício, de ato jurídico perfeito e acabado. Ofensa ao princípio inscrito no art. 5º, XXXVI, do Texto Constitucional. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 92.

Da mesma maneira entende o Ministro Moreira Alves: “Além de tudo, como conclui Radbruch, um direito incerto é também um direito injusto, pois não é capaz de assegurar a fatos futuros tratamento igual.”²⁵

Assim, até pouco tempo entendia-se que a coisa julgada era absoluta²⁶, “[...] tornava o redondo, quadrado e o quadrado, redondo”²⁷, sendo imune inclusive aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em outros processos, “[...] mesmo que a decisão irrecorrível se baseasse em ato normativo cuja eficácia tivesse sido suspensa *erga omnes*.”²⁸

Nesse sentido, a Constituição Portuguesa, prevê em seu artigo 282.º:

(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.²⁹

Vale observar que a doutrina portuguesa enquadra a ressalva dos casos julgados na idéia de tutela da segurança jurídica e no princípio da separação de poderes³⁰. Como regra geral, a coisa julgada não é alcançada pela declaração de inconstitucionalidade, ou seja, “[...] a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não envolve de *per si* a nulidade das sentenças nela fundadas e não constitui fundamento *autónomo* de sua revisão.”³¹

²⁵ Ministro Moreira Alves, STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF.

²⁶ Nesse sentido: SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. Lisboa: Lex, 1997. p. 568. No STF: Reclamação n. 148/RS. Relator Ministro Moreira Alves, DJU 17/6/1983; AgRg no AI n. 145.589-RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU de 24-6-1994; e RE n. 187.376-PR, Relator Ministro Sydney Sanches, DJU 13/09/1996, RMS n. 17.976-SP, Relator Ministro Amaral Santos, DJU 24/09/69; e RE n. 86.056-SP, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, DJU 01/07/77.

²⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 301.

²⁸ BERNARDES, Juliano Taveira. Viradas de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010..

²⁹ OTERO, PAULO. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa. LEX Edições Jurídicas. 1993, p. 25 apud CAMPOS, Hélio Silvio Ourem. Segurança jurídica: valores e expressões objetivas. **Revista do Tribunal Regional Federal 5ª Região**, Recife, n. 58, p. 13-44, out./dez. 2004.

³⁰ Neste sentido, SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do ato inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1988. v. 1. p. 259-260.

³¹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 547.

Miguel Galvão Teles enfatiza que “[...] a declaração superveniente da inconstitucionalidade da lei aplicada não constitui fundamento de revisão da decisão jurisdicional.”³²

Paulo Otero, tendo em vista o artigo 282, n. 3 da Constituição Portuguesa, afirma:

A referida disposição constitucional vem derogar o princípio de que a validade de todos os actos do poder público depende da sua conformidade com a Constituição (princípio da constitucionalidade), permitindo que passem a ser válidos casos julgados inconstitucionais.³³

No Brasil, recentemente, o entendimento de que a coisa julgada era absoluta, foi mitigado por parte da doutrina, pois, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, “[...] não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.”³⁴ Assim, é possível desconstituir a coisa julgada pela ação rescisória³⁵ e por embargos à execução diante inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do parágrafo único do artigo 741³⁶, do Código de Processo Civil, e do parágrafo 5º, do artigo 884³⁷, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Quanto ao cabimento dos embargos à execução, até a conclusão deste estudo, pende decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo que quatro Ministros reconheceram a impossibilidade de se desconstituir a decisão que já transitou em julgado por meio de um recurso extraordinário. Foram eles os Ministros Eros Grau, Ayres Britto, Cezar Peluso e Marco Aurélio³⁸. Outros dois Ministros – Cármen Lúcia Antunes Rocha e

³² TELES, Miguel Galvão. **Direito constitucional - sumários desenvolvidos**. Lisboa: Lex, 1970. p. 90

³³ Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex, 1993, p. 89

³⁴ DINAMARCO. Cândido Rangel. Relativar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000. p. 39.

³⁵ Cabível a propositura de ação rescisória quando há violação à Constituição Federal, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil. A expressão “Lei” deverá ser interpretada no seu sentido amplo, seja de caráter material ou processual, abrangendo a Constituição Federal.

³⁶ Artigo 741, parágrafo único: “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

³⁷ Artigo 884, parágrafo único: “Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

³⁸ A maioria formada até o momento levou em conta a coisa julgada e a segurança jurídica como valores a serem preservados acima de quaisquer outros. Primeiro Ministro a votar nesse sentido, Eros Grau disse ver no caso a “afetação de direito adquirido”. Na mesma linha, Cezar Peluso afirmou não poder tranquilizar sua consciência relativizando a coisa julgada na forma proposta no recurso: “eu concordaria, por exemplo, que a ação rescisória poderia ter um prazo maior. Nós poderíamos ter remédios jurídicos com prazos determinados para questionar coisas julgadas quando as sentenças sejam incompatíveis com a declaração de inconstitucionalidade. Tudo isso eu admito em tese, mas com tratamento uniforme”. Peluso acrescentou que, a despeito de todas as razões que foram suscitadas quanto à incompatibilidade entre a

Ricardo Lewandowski – se alinharam ao voto da relatora do processo, ministra Ellen Gracie³⁹, no sentido de modificar a decisão que beneficiou os servidores. O Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo. O Ministro Dias Toffoli se declarou impedido de participar do julgamento⁴⁰.

Em outro julgamento, na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.154, do Distrito Federal⁴¹, ao julgar procedente o pedido relativamente ao artigo 27 da Lei 9.868/99, o Ministro Sepúlveda Pertence considerou que, ainda que ultrapassada a inconstitucionalidade formal, seria necessário dar interpretação conforme ao referido dispositivo, a fim de evitar que sua aplicação pudesse atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, eventualmente surgidos da inconstitucionalidade da lei, afirmando que tal modalidade qualificada do princípio da segurança jurídica representa limite à modulação. Concordamos

postura adotada pelas cortes inferiores em relação à jurisprudência do Supremo, que já declarou o reajuste inconstitucional, “no sopesamento dos valores é preferível sacrificar, neste caso, aquilo que a União perca, do que sacrificar aquilo que, como princípio, é muito mais valioso, e que vale muito mais do que eventualmente o dinheiro que tenha sido pago ou que deva ser pago aos credores desta ação”, que é o direito à segurança jurídica. Ele também criticou normas que relativizam a coisa julgada. No caso, o parágrafo 5º do artigo 884 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que considera inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. A norma foi incluída na CLT por meio de medida provisória, em 2001. A outra norma é o artigo 741 do Código de Processo Civil (CPC), que permite embargos na execução contra a Fazenda Pública. O Ministro Marco Aurélio chegou a declarar a inconstitucionalidade do dispositivo da CLT ao votar nesta tarde. “Essa relativização, ocorrida mediante um vício de origem, porque se utilizou medida provisória para reger esse processo, ela resulta em totalitarismo, de esquerda ou de direita, não importa, nada tendo a ver com a democracia, com o Estado democrático de direito”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Interrompido julgamento sobre possibilidade de desconstituir decisão que concedeu reajuste a servidores. **Notícias STF**, 24 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122592>> Acesso em: 14 abr. 2010.

³⁹ “Por fundamento transversal se está, efetivamente, aplicando interpretação tida por inconstitucional por este Supremo Tribunal Federal”, concluiu Ellen Gracie, acrescentando que a própria aplicação do princípio da isonomia para a extensão de vantagens concedidas a outros servidores também é vedada pela jurisprudência do Supremo. Para Ellen Gracie, o TST “deu à coisa julgada um caráter absoluto”. Ela lembrou ainda que, com a instituição do regime jurídico único, a remuneração do servidor passou a ser calculada de acordo com a nova previsão legal. A ministra ponderou que, de acordo com a jurisprudência do Supremo, não é possível a conjugação de direitos do regime anterior dos servidores, que era o celetista, com o novo sistema remuneratório criado por meio do regime jurídico único, em razão da inexistência de direito adquirido a regime jurídico. “Penso que a mesma orientação deve ser aplicada aos efeitos de uma decisão judicial que reconheça o direito do servidor de receber determinada parcela remuneratória. Mesmo que tenha transitado em julgado, a sentença não pode produzir efeitos após a instituição do novo regime jurídico único, ou estaríamos reconhecendo a existência de um regime híbrido, no qual o servidor receberia vantagens previstas nos dois sistemas”, defendeu Ellen Gracie. Assim, ela votou no sentido de declarar a incompetência da Justiça do Trabalho para analisar o reajuste em relação ao período posterior à implementação do regime jurídico único, em 1990. Em relação ao período anterior, quando o servidores ainda eram celetistas, ela votou para declarar a inexigibilidade da execução da decisão que concedeu o reajuste. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Interrompido julgamento sobre possibilidade de desconstituir decisão que concedeu reajuste a servidores. **Notícias STF**, 24 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122592>> Acesso em: 14 abr. 2010.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Abordada no item 2.

com tal entendimento, a modulação não deve prejudicar a segurança jurídica, evitando-se litígios eternos.

Tomando-se a coisa julgada em detrimento de efeito “*ex tunc*” de decisão em controle concentrado de constitucionalidade, entendeu o Supremo Tribunal Federal:

A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apóie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia *ex tunc*, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, *in abstracto*, da Suprema Corte..⁴²

Em contrapartida decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

1. A norma do parágrafo único do artigo 741 do CPC reputa inexigível o título judicial (a) fundado em lei ou ato ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou (b) fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. Esta segunda hipótese busca abarcar justamente a situação dos autos, em que a constitucionalidade do dispositivo que havia sido afastado pelo acórdão transitado em julgado (artigo 56 da Lei 9.430/96) é afirmada pela Corte Suprema, o que evidencia estar o título executivo baseado em interpretação ou aplicação incompatível com a Constituição Federal. 2. Não há porque restringir o alcance do parágrafo único do artigo 741 do CPC unicamente àqueles pronunciamentos decorrentes de controle concentrado se o legislador não o fez. Não há como ignorar a crescente objetivação dos recursos extraordinários, o que empresta ao exame realizado pelo Supremo, ainda que no bojo desse controle concreto, amplo espectro de abertura quanto à análise da controvérsia, tal como ocorre em relação ao exame decorrente do controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. O único condicionamento à incidência da norma inserta no art. 741, parágrafo único, do CPC, decorre da sua vigência. Por se tratar de dispositivo de lei processual, atinge os processos em curso, mas não retroage, ou seja, não abrange as sentenças transitadas em julgado antes da sua vigência. Constata-se que, na hipótese vertente, a Medida Provisória nº 2.158 foi

⁴² “EMENTA: COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL. INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA. EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS. VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA”. “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT”. CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. RE CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO.”. (RE 594350, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 25/05/2010, publicado em DJe-105 DIVULG 10/06/2010 PUBLIC 11/06/2010).

editada antes do trânsito em julgado da sentença, inexistindo conflito de leis no tempo. 4. Embora haja ação direta de inconstitucionalidade questionando o parágrafo único do art. 741 (ADIN 2418-3/DF), ainda sem decisão, o STF aplica esse dispositivo em casos concretos. 5. Não se percebe qualquer incompatibilidade na aplicação do parágrafo único do artigo 741 do CPC ao presente caso, em que se discute o destino a ser dado aos depósitos judiciais realizados no curso do mandado de segurança. Com efeito, ainda que a ação mandamental não ostente cunho patrimonial, não se pode negar que o título judicial constituído 2/7/2010:: Portal da Justiça Federal da 4ª Reg... trf4.jus.br/.../visualizar_documento_g... 1/15 nos presentes autos, tal como ocorre com as decisões de eficácia condenatória, também necessita de providências posteriores ao trânsito em julgado para fins de concretização do direito assegurado, de modo que se mostra adequado o prévio exame da exigibilidade do título antes de determinar-se o destino dos depósitos. 6. Estando o título judicial em confronto com os pronunciamentos do Supremo sobre a matéria, forçoso reconhecer a sua inexigibilidade, impondo-se a conversão em renda dos valores depositados. 7. Agravo de instrumento improvido⁴³.

4.1.1.2 Retroatividade da Lei Penal mais Benéfica

As normas penais inconstitucionais mais favoráveis ao réu devem retroagir⁴⁴, tendo sempre em vista que o **princípio da retroatividade** da norma **penal** mais benéfica, previsto no artigo 5º, inciso XL⁴⁵, da Constituição Federal é incondicional. Nunca poderão as normas penais desfavoráveis aos réus, após a modulação, agravar, de qualquer forma, seu regime jurídico ou suprimir-lhe direito à indenização pela prática da inconstitucionalidade, sob pena de afronta ao direito fundamental em testilha.

Há julgado do Tribunal Constitucional de Portugal, aplicando o disposto no artigo 29, n. 4⁴⁶ e no artigo 282º, n. 4⁴⁷ da Constituição que vedam a retroatividade da lei penal prejudicial ao agente na modulação dos efeitos da lei inconstitucional.⁴⁸

43 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.041879-4/PR, RELATOR : Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK, data do julgamento 16/06/2010. Tribunal Regional Federal da 4ª Região

44 Leciona Luiz Vicente Cernicchiaro que “[...] nenhuma lei penal, escreva-se ainda mais favorável sofre qualquer restrição. Aplica-se imediatamente” CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Vacatio Legis Lei penal Inconstitucional*. BOLETIM IBCCRIM, São Paulo, v. 35, p.16, nov., 1995, “[...] pouco importa, antes ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. A lex mitior é de aplicação irrestrita”. CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 66.

45 Artigo 5º, inciso XL: “[...] a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

46 Artigo 29, n. 4: “Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido”.

47 Artigo 282º, n. 4: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2”.

48 Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n. 16/91. ATC, XVIII. p. 275 e s.; Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n. 427/91. In: ATC, XX, P. 443 e s.

Sobre a aplicação da modulação tendo em vista o princípio da **retroatividade** da norma **penal** mais benéfica em Portugal, leciona Rui Medeiros que “[...] deve-se entender que o princípio da unidade da Constituição impede que se interprete o artigo 282º em termos que inutilizem garantias fundamentais como as do artigo 29.”⁴⁹

Vale citar a ressalva de Juliano Taveira Bernardes⁵⁰, o qual defende que no caso de lei incriminadora declarada inconstitucional, a prospectividade da declaração será limitada e restrita aos casos pendentes de julgamento ou em que a execução penal esteja em aberto, não se estendendo seus efeitos para desconstituir decisões judiciais transitadas em julgado por se tratar de “fórmula de exaurimento (ou de preclusão)”⁵¹, sob pena de ferir a segurança jurídica.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no habeas corpus n. 82.959⁵², como visto no item 4.11, ao declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucional do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que determinava o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime prisional integralmente fechado, aplicou a modulação, determinando que a declaração de inconstitucionalidade não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas na data do julgamento (23/02/2006).

Não obstante a sólida argumentação do autor e da fundamentada decisão do Supremo Tribunal Federal, discordamos do entendimento de que a modulação da declaração de inconstitucionalidade não atinge decisões judiciais transitadas em julgado, tendo em vista o princípio da segurança jurídica⁵³, o princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora (inscrito no artigo 5º, inciso XL), o princípio da responsabilidade civil objetiva do Estado por seus atos em geral (artigo 37, § 6º) e o princípio da proibição do excesso na execução penal (artigo 5º, inciso LXXV⁵⁴).

⁴⁹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 760.

⁵⁰ BERNARDES, Juliano Taveira. Viradas de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010..

⁵¹ Conforme leciona Juliano Taveira Bernardes em “*Viradas de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares*”, trabalho publicado nesta obra, “[...] fórmulas de exaurimento (ou de preclusão) são institutos jurídicos que consolidam juridicamente posições de vantagem assim que alcançados determinados períodos de tempo.

⁵² **HC n. 82959-SP. Relator Ministro Marco Aurélio**, DJ 01/09/2006.

⁵³ Sobre o princípio da segurança jurídica: “os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público, em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos poderes ou órgãos do Estado (os Tribunais de Contas, inclusive), para que se preservem, desse modo, situações administrativas já consolidadas no passado”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Celso de Mello utiliza princípios da segurança jurídica e proteção da confiança para cassar decisões do TCU. **Notícias STF**, 26 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122770>> Acesso em: 14 abr. 2010.

⁵⁴ Artigo 5º, inciso LXXV: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

4.1.1.3 Retroatividade da Lei Tributária que Comina Sanção Menos Severa

A lei tributária deve ser irretroativa, ou seja, aplica-se a lei tributária em vigor à época da ocorrência do fato imponible.

Assim está previsto de forma implícita no princípio da legalidade em matéria tributária, artigo 150, inciso I, da Constituição Federal: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

Sobre a irretroatividade da lei tributária, salienta a doutrina que “[...] a ação do Fisco deve ser *previsível*. Em nome desta previsibilidade, a lei que cria ou aumenta um tributo não pode alcançar os fatos ocorridos em época anterior à de sua entrada em vigor.”⁵⁵

Não obstante a regra da irretroatividade da lei tributária, é cabível a retroatividade em alguns casos excepcionais, quais sejam:

(i) as leis tributárias que beneficiam o contribuinte, cominando-lhe penalidade menos severa (artigo 106 do Código Tributário Nacional).

(ii) a lei tributária interpretativa.

Vale observar que Carrazza entende que a uma lei não é dado interpretar outra lei, tal mister é privativo dos aplicadores e operadores do Direito. O acolhimento das chamadas leis interpretativas cria um círculo vicioso, uma vez que elas também necessitam ser interpretadas.⁵⁶

Da mesma forma defende o Ministro Carlos Mário Velloso:

Se a lei se diz interpretativa e nada acrescenta, nada inova, ela não vale nada. Se inova, ela vale como lei nova, sujeita ao princípio da irretroatividade. Se diz ela que retroage, incorre em inconstitucionalidade e, por isso, nada vale. Desta forma, não há falar, na ordem jurídica brasileira, em lei interpretativa com efeito retroativo.⁵⁷

(iii) a lei que corrige uma situação de inconstitucionalidade.

A hipótese de retroatividade da lei tributária que beneficia o contribuinte é prevista no artigos 106⁵⁸ do Código Tributário Nacional e fundada no princípio da segurança jurídica

⁵⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 223.

⁵⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 223.

⁵⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O princípio da irretroatividade da lei tributária. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n 15, p. 13-23, 1996.

⁵⁸ Artigo 106: “A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II - tratando-se de

(artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal). Da mesma forma a previsão do artigo 146⁵⁹ do mesmo Estatuto normativo consagra a segurança jurídica, permitindo “[...] que o contribuinte desenvolva naturalmente suas atividades, não se sujeitando retroativamente a alterações normativas que possam prejudicá-lo, em seu contactos com o Fisco.”⁶⁰

Rubens Gomes de Sousa adverte que:

[...] se fosse admissível que o fisco pudesse variar de critério em seu favor, para cobrar diferença de tributo, ou seja, se à Fazenda Pública fosse lícito variar de critério jurídico na valorização do ‘fato gerador’, por simples oportunidade, estar-se-ia convertendo a atividade do lançamento em discricionária, e não vinculada.⁶¹

A propósito leciona Aliomar Baleeiro:

MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIO. Já vimos que entre as normas complementares das leis, tratados e Decretos integrantes da ‘legislação tributária’, tal como está conceituada nos artigos 96 a 100 do Código Tributário Nacional, incluem-se também os atos normativos das autoridades administrativas, as decisões dos órgãos singulares ou coletivos, desde que tenham eficácia normativa, e as práticas reiteradamente observadas por aquelas autoridades. Mas essas ‘normas complementares’ também podem ser substituídas por outras ou modificadas em seu alcance ou nos seus efeitos. Nesses casos, em se tratando de normas relativas ao lançamento, a inovação só se aplicará ao mesmo contribuinte se ocorrer fato gerador posteriormente à modificação.⁶²

Assim, a Administração Fazendária não pode desviar da prática até então consagrada os eventos pretéritos, nos quais o contribuinte confiou, para, por exemplo, estruturar seus negócios⁶³, quando realizaram seu planejamento tributário.

A retroatividade da lei tributária benéfica deve ser estendida aos atos judiciais⁶⁴, pois apesar das decisões judiciais dizerem respeito a fatos ocorridos no passado, existem situações

ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”.

⁵⁹ Artigo 146: “A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

⁶⁰ CARRAZZA, Roque; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2008. p. 55.

⁶¹ Ibid., p. 55.

⁶² Ibid., p. 56.

⁶³ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizado por Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 811.

⁶⁴ Ibid., p. 54.

que pedem, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e, com ele a boa-fé das pessoas que praticaram atos amparados no direito objetivo, que os efeitos das alterações jurisprudenciais só incidam no futuro.⁶⁵

Dessa forma, a aplicação da modulação da lei inconstitucional em prejuízo ao patrimônio do contribuinte configura situação de gravíssima insegurança jurídica e econômica totalmente incompatível com a Constituição Federal.

Segundo leciona Paulo de Barros Carvalho, o princípio da segurança jurídica dirige-se,

[...] à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza”⁶⁶.

Dimitri Dimoulis afirma que a “[...] segurança jurídica é o resultado (subjetivo e de cunho psicológico) de uma configuração jurídica cujo elemento principal (objetivo) é a previsibilidade das conseqüências jurídicas.”⁶⁷

Eis o entendimento dos tribunais alemães que, mesmo sem fundamento expresso na Constituição, estendem o princípio da irretroatividade das leis às normas e atos administrativos ou judiciais, tendo em vista artigo 176⁶⁸ da *Abgabenordnung* 77, o qual serviu de inspiração para a norma descrita no artigo 146 do Código Tributário Nacional, conforme Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁶⁹

No mesmo sentido, foi o entendimento da Suprema Corte norte-americana no caso *McKesson Corp. versus Div. of AB & T*, de 1990, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei que permitia ao Estado da Flórida exigir certo tributo, afastando a modulação em favor da Fazenda. Entendeu-se que o Estado criador do tributo deve reparar o contribuinte que o recolheu de forma indevida. A Suprema Corte reconheceu a vigência de

⁶⁴ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizado por Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 193.

⁶⁵ CARRAZZA, Roque; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2008. p. 55.

⁶⁶ Ibid., p. 57.

⁶⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 92.

⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 198

⁶⁹ Artigo 176: “Na anulação ou alteração de ato de lançamento notificado, não pode ser considerando em detrimento de contribuinte o fato de 1 – a Corte Constitucional Federal declarar a nulidade de lei, em que até então se baseava o lançamento; 2 – um Tribunal Superior Federal não aplicar uma norma que até então se baseava o lançamento, por considerá-lo inconstitucional; 3 – ter-se alterado a jurisprudência de um tribunal posterior a qual havia sido aplicada pela autoridade fiscal nos lançamentos anteriores”.

⁶⁹ CARRAZZA; FERRAZ JÚNIOR; NERY JÚNIOR, op. cit., p. 10.

regime tributário favorável superveniente à empresa McKesson, voltado ao comércio de bebidas alcoólicas por ela produzidas. Não obstante esta decisão, a Suprema Corte norte-americana, ao declarar a inconstitucionalidade de lei que havia instituído ou majorado tributo, emprestou efeito ex nunc à decisão, retirando do contribuinte a possibilidade de o mesmo restituir-se do valor pago indevidamente, sob o argumento de que já desfrutara dos benefícios proporcionados pelo emprego do referido valor recolhido pelo tributo. A toda evidência, essa jurisprudência da Suprema Corte, como afirma Dirley da Cunha Júnior, é absolutamente incompatível com a realidade brasileira.⁷⁰

Temendo decisões que ferem o princípio segurança jurídica, Ives Granda se manifestou contrário à flexibilização da extensão das decisões do Supremo Tribunal Federal:

[...] tal entendimento pode gerar, principalmente no campo do direito tributário, a irresponsabilidade impositiva, com a possibilidade de exações inconstitucionais, mesmo após a decisão definitiva da Suprema Corte, terem seus inconstitucionais efeitos perpetuados, entendendo-se o Estado – que violentou a Constituição – autorizado a permanecer com o produto da arrecadação ilegítima pela eficácia ofertada à decisão definitiva.⁷¹

Vale observar que o Supremo Tribunal Federal, nos recursos extraordinários n. 559.943-4, n. 559.882-9, n. 560.626-1, e n. 556.664-1, comentados no item 4.13 deste trabalho, em sentido contrário aos fundamentos acima externados, ao julgar inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei ordinária n. 8.212/91, que alargavam os prazos para lançamento e execução judicial de contribuições previdenciárias, restringiu os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para impedir a restituição das contribuições pagas sem que houvesse pedido (administrativo ou judicial) efetuado até a data do julgamento. Consoante afirmamos anteriormente, o Supremo suprimiu o núcleo essencial de direitos fundamentais do cidadão em benefício do Fisco, atuando como verdadeiro Constituinte Originário.

Em síntese, temos que há vedação à modulação de lei inconstitucional que prejudica o contribuinte, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica, da irretroatividade da lei tributária e da força normativa da Constituição.

⁷⁰ Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 4. ed. Salvador: Juspdivum, 2010. p. 218–219.

⁷¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 206

CONCLUSÃO

Embora desde o início da década de 1970 já existisse posicionamento no Supremo Tribunal Federal pela mitigação dos efeitos do princípio da nulidade, com as Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99, passou o Direito Positivo a admiti-la de forma expressa, como ocorre em Portugal, na Alemanha, na Espanha, no Canadá, na Áustria, na Polônia, na Eslovênia, na Turquia, na Hungria, na Iugoslávia, no México e no Peru.

Assim, as Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99, preveem a modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade, por meio dos seus artigos 27 e 11, respectivamente, estabelecendo que ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, diante razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 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.

Isso significa que, em relação à restrição dos efeitos da decisão, o Supremo Tribunal Federal pode limitar: (a) a eficácia *erga omnes* da decisão, excluindo certos casos, como atos expedidos ou relações constituídas sob a égide de lei declarada inconstitucional; (b) a eficácia temporal, deliberando que os efeitos da decisão só se operem a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento anterior ou posterior a ele; (c) o efeito repristinatório, o qual não deve ser aplicado nas hipóteses em que a norma revogada pela declarada inconstitucional também é nula.

A modulação é muito questionada por juristas como Ives Gandra da Silva Martins, Ingo Wolfgang Sarlet, Luciana de Assunção Macieira, Lenio Luiz Streck e o Ministro Sepúlveda Pertence, pelo fato de, ao romper com o dogma da nulidade da lei inconstitucional, permite que lei manifestamente inconstitucional produza efeitos. É, inclusive, objeto em ações diretas de inconstitucionalidade (n. 2.154 e n. 2.258), não julgadas definitivamente¹, mas com forte tendência de improcedência, já que o Supremo modulou a declaração de inconstitucionalidade em vários casos.

A nosso ver, a modulação é materialmente constitucional pois, tendo em vista a supremacia da Constituição, permite a ponderação de valores constitucionais: afasta-se o princípio da nulidade se ficar demonstrado que a declaração de inconstitucionalidade

¹ Até a conclusão deste estudo.

resultaria na violação da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Porém entendemos que os artigos 27 e 11, das Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99, respectivamente, são formalmente inconstitucionais por inidoneidade de meio. O princípio constitucional da nulidade dos atos inconstitucionais, implícito na Constituição, só pode ser mitigado por outro princípio ou norma de igual hierarquia. Sugerimos, então, a inclusão da modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade por meio de Emenda Constitucional.

Não obstante as Leis 9.868/99 e 9.882/99 regularem mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem modulado os efeitos da declaração difusa de inconstitucionalidade, seja por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Tendo em vista o entendimento no sentido de que a modalidade de controle de constitucionalidade adotada não identifica a sanção, e que, mesmo a aplicação de efeitos *ex nunc* permite estabilizar os efeitos do direito aplicado, sugerimos também, a introdução da modulação temporal dos efeitos no controle difuso de constitucionalidade pelo poder constituinte derivado.

O Supremo tem aplicado a modulação, e, ao nosso ver, de forma compatível com a Lei Maior nos casos de declaração de inconstitucionalidade: (i) de lei que fixava a quantidade de vereadores de Município em número superior ao permitido pelas diretrizes constitucionais; (ii) de lei que redefinia os limites de Município sem plebiscito exigido pela Constituição; (iii) de lei que criava Município sem lei Complementar; (iv) de lei que atribuía à Defensoria Pública do Estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo; (v) de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região; (vi) de lei que conferia ao Poder Executivo, a administração de depósitos judiciais; (vii) de Portaria que estabelecia o horário do foro; (viii) de lei de distribuição do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; e, (viii) de lei que criou, em violação ao princípio da proporcionalidade, cerca de 35 mil cargos comissionados.

Merece atenção a proposta da Ministra Ellen Gracie de modulação dos efeitos da decisão no recurso extraordinário n. 586.453, interposto contra Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que reconheceu a competência da Justiça trabalhista, para julgar causas envolvendo complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada, no sentido de que, entendendo que a competência para analisar a matéria é da Justiça comum, os

processos que tiveram sentença proferida até o início do julgamento (03/03/2010) prossigam na justiça onde estiverem até o final da execução, não julgada até o encerramento deste trabalho.

Mas, a modulação também foi aplicada de forma inconstitucional ao prejudicar direitos individuais e criar regra de privilégio inconstitucional em favor do Estado, como na hipótese do habeas corpus n. 82.959, dos recursos extraordinários n. 559.943-4, n. 559.882-9, n. 560.626-1, e n. 556.664-1, e dos embargos de declaração no recurso extraordinário n. 500171.

No primeiro (habeas corpus n. 82.959), ao declarar a inconstitucional de norma que determinava o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime prisional integralmente fechado, afastou a responsabilidade civil pelo excesso das execuções nas quais a lei inconstitucional foi aplicada, incidindo efeito *ex nunc* quanto àqueles que já tiveram suas penas extintas na data do julgamento. O Tribunal violou direitos fundamentais, já que a decisão sobre o cabimento ou não da reparação que deveria ser tomada nos processos concretos movidos eventualmente pelos condenados, foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal, na via estreita do *habeas corpus*, onde se discutia o direito à imediata progressão do regime, com evidente violação aos princípios constitucionais da retroatividade da lei penal mais benéfica (artigo 5º, inciso XL), da responsabilidade civil objetiva do Estado por seus atos em geral (artigo 37, § 6º), devido processo legal, ampla defesa dos interessados e pelo excesso na execução penal (artigo 5º, inciso LXXV).

Nos recursos extraordinários n. 559.943-4, n. 559.882-9, n. 560.626-1, e n. 556.664-1), o Tribunal ao julgar inconstitucionais dispositivos de leis que alargavam os prazos para lançamento e execução judicial de contribuições previdenciárias, aplicou a modulação para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade impedindo a restituição das contribuições pagas sem que houvesse pedido nesse sentido ajuizado até a data do julgamento. O Supremo Tribunal Federal suprimiu direitos fundamentais deixando prevalecer o prazo previsto em lei inconstitucional, em prejuízo à segurança jurídica do cidadão que confiou na aplicação da Constituição Federal. Da mesma forma, suprimiu direitos fundamentais também nos embargos de declaração no recurso extraordinário n. 500171, ao modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da cobrança de taxa de matrícula pelas universidades públicas, impedindo a devolução das taxas pagas. Assim, suprimiu o núcleo de direitos fundamentais do cidadão em benefício do Fisco, atuando como verdadeiro Constituinte Originário.

Como a modulação pode representar estímulo à prática de atos inconstitucionais, ou até mesmo supressão a direitos fundamentais, tendo em vista a tolerância com a violação da Constituição, propusemos um rol exemplificativo de limites, fixados pelo próprio ordenamento jurídico, à aplicação da modulação: as cláusulas pétreas, os direitos fundamentais, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a retroatividade da lei penal mais benéfica e a retroatividade da lei tributária benéfica.

Dessa forma, a modulação deve respeitar as cláusulas pétreas. Não pode o Poder Judiciário permitir a permanência de efeitos de lei que as infringirem sob pena deste transformar-se em Poder Constituinte Originário, o que lhe é defeso. Os direitos fundamentais não poderão ser apequenados pela modulação, já que a Constituição existe para defesa do povo, titular dos direitos fundamentais.

O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada também devem ser respeitados, tendo em vista o princípio da segurança jurídica.

As normas penais inconstitucionais mais favoráveis ao réu devem retroagir, com fundamento no princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica, previsto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, o qual é incondicional, tal como ocorre em Portugal (artigo 29º da Constituição portuguesa).

Deve, outrossim, a modulação ser aplicada somente em favor do contribuinte, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica; e da força normativa da Constituição.

A modulação é instrumento de salvaguarda de valores constitucionais, após a realização da ponderação. Não se presta como instrumento para ruptura com os direitos fundamentais e demais cláusulas pétreas, dentre elas, exemplificativamente: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a retroatividade da lei penal mais benéfica e a retroatividade da lei tributária benéfica, sob pena de instituição de golpe contra a Constituição.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. Ciudad de México: Distribuciones Fontanamara, 1993.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; VIDAL JÚNIOR, Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. **Regime tributário e estado de direito**. Disponível em: <<http://cristianemarinhotributario.vilabol.uol.com.br/estado.doc>>. Acesso em: 28 set. 2001.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizado por Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo. In: _____. (Org.). **Trabalhos jurídicos**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.
- BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal**. Brasília-DF: Companhia Impressora, 1893. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2009.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Revolução e poder constituinte**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BEILFUSS, Markus González. **Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- BERNARDES, Juliano Taveira. Viradas de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- _____. **Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. p. 1 (Anexo). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2011.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina., 1989.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____.; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARRAZZA, Roque; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional tributário**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

_____. Vacatio legis lei penal inconstitucional. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 35, p.16, nov., 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Silvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

CRISTO, Alessandro. Supremo declara Funrural inconstitucional. **Consultor Jurídico**, 3 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-03/supremo-declara-funrural-inconstitucional-nao-modula-decisao>>. Acesso em: 3 fev. 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: Juspdvum, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto) criação do “processo objetivo”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 878, p.11-28, 2008.

DINAMARCO. Cândido Rangel. Relativar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC**. Salvador: Juspodivm, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2005.

_____; ROMEU, Luciana Campanelli. A nulidade do ato inconstitucional e o efeito repristinatório. (427-438). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 410. Ano 106, p. 420-436, jul./ago.2010.

_____; _____. Tese positivista pode levar a uma realidade injusta. Consultor Jurídico, São Paulo, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-set-08/adotar-tese-positivista-levar-realidade-injusta>>. Acesso: 1 set. 2011.

FRANCO, Henrique de Mello. Não existe modulação para súmulas do supremo. **Consultor Jurídico**, 21. Fev. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-21/nao-existe-modulacao-sumula-vinculante-supremo#autores>> Acesso em: 20 abr. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 341, p. 3-12, jan./fev. 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 209-227, jan./mar. 2009.

MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato. **Revista da ESMape**, Recife, v. 6, n. 13, p. 291-309, jan./jun. 2001.

MACHADO, Hugo Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 57, p. 72-87, jun. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo, Malheiros, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 7. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1961.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF: uma proposta de projeto de lei. RTDP 35/5-17. In: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868 de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

_____.; MÁRTIRES, Inocêncio; GONET, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2002. t. 1.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PELICIOI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTr, 2008.

PEREZ, Augusto Martinez, ROMEU, Luciana Campanelli. Os arts. 519 e 285-A do código de processo civil e a superação da morosidade. **Revista CEJ**, Brasília-DF, v.12 n. 42, p. 23-33, jul./set. 2008.

QUINTANA, L. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. t.1.

RAMOS, Dirceo Torrecillas. **O controle de constitucionalidade por via de ação**. São Paulo: Angelotti, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. Lisboa: Lex, 1997.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do ato inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1988. v. 1.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 498, 10-14 mar. 2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 253, dez., 2001. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info253.asp>>. Acesso em: 16 jun. 2009.

_____. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 456, 12-13 fev. 2007 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo456.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 442, 25-26 set. 2006 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo442.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2010.

_____. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 577, 14-18 nov. 2005 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo409.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

_____. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 409, 1-5 MAR. 2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo577.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**, Brasília-DF, n. 450, 27 nov.- 01 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo450.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

_____. Interrompido julgamento sobre possibilidade de desconstituir decisão que concedeu reajuste a servidores. **Notícias STF**, 24 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122592>> Acesso em: 14 abr. 2010.

_____. Ministro Celso de Mello utiliza princípios da segurança jurídica e proteção da confiança para cassar decisões do TCU. **Notícias STF**, 26 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122770>> Acesso em: 14 abr. 2010.

_____. **Solenidade de posse dos Ministros Carlos Mário da Silva Velloso, na presidência, e Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, na vice-presidência do Supremo Tribunal Federal**. Sessão solene realizada em 27 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/CARLOS_VELLOSO.pdf> Acesso em: 15 mar. 2010.

_____. STF derruba lei que criou 35 mil cargos comissionados em Tocantins e dá 12 meses para estado realizar concursos. **Notícias STF**, 10 jun., 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154187&caixaBusca=N>> Acesso em: 1 set. 2011.

_____. Inconstitucionalidade de lei distrital sobre comissão da PC-DF vale a partir da publicação do acórdão. **Notícias STF**, 9, set. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=161173&caixaBusca=N>> Acesso em: 1 set. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio.** São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional.** São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TELES, Miguel Galvão. **Direito constitucional - sumários desenvolvidos.** Lisboa: Lex, 1970.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). **Ação declaratória de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 1995.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O princípio da irretroatividade da lei tributária. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n 15, p. 13-23, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino Zavascki. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.