

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em
Direito Processual Civil

Renata Andrea Joner

**O cabimento dos Embargos Declaratórios para suscitar a
modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade
em Ação Direta.**

Brasília - DF

2010

Renata Andrea Joner

O cabimento dos Embargos Declaratórios para suscitar a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Ação Direta.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do da pós graduação em Direito Processual Civil no Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientador: Luiz Emilio P. Garcia.

BRASÍLIA

2010

Renata Andrea Joner

O cabimento dos Embargos Declaratórios para suscitar a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Ação Direta.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do da pós graduação em Direito Processual Civil no Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientador: Luiz Emilio P. Garcia.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof

RESUMO

O exame da questão acerca do cabimento dos Embargos Declaratórios para apontar omissão quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, ainda que as partes não tenham formulado prévio pedido nesse sentido, foi desenvolvido com análise e comparação de dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pelo estudo das características do controle abstrato de normas e dos Embargos de Declaração. Para tanto, a metodologia utilizada foi a bibliográfica e jurisprudencial. O desígnio da pesquisa foi demonstrar que se o objetivo da modulação de efeitos é evitar que a declaração de nulidade na norma conduza a resultado que represente maior afronta ao texto constitucional do que a manutenção dos efeitos preteridos da norma nula, a incidência dos efeitos temperados é um dever constitucional, e não está adstrito a formulação de pedido pelas partes, sendo viável a interposição dos Embargos Declaratórios.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade, declaração de inconstitucionalidade, embargos declaratórios, modulação de efeitos, nulidade, norma.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 ANÁLISE DOS INSTITUTOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS NO PROBLEMA A SER ENFRENTADO. | 11 |
| 1.1 O Controle Abstrato de Constitucionalidade | 11 |
| 1.1.1 <i>O desenvolvimento do controle abstrato e seus objetivos.....</i> | <i>11</i> |
| 1.1.2 <i>Efeitos do controle abstrato de normas.....</i> | <i>15</i> |
| 1.1.3 <i>As ações do controle abstrato de normas.....</i> | <i>17</i> |
| 1.2 A eficácia da declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato..... | 25 |
| 1.2.1 <i>Teoria da Nulidade (ex tunc) da Anulação (ex nunc).</i> | <i>25</i> |
| 1.2.2 <i>O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.</i> | <i>28</i> |
| 1.2.2.1 Requisitos: Formal e material (segurança jurídica e excepcional interesse social) para a limitação de efeitos..... | 30 |
| 1.2.2.2 Discricionariedade na escolha das técnicas de decisão. | 32 |
| 1.3 Os Embargos de Declaração. | 34 |
| 1.3.1 <i>Embargos Declaratórios: natureza jurídica, objetivos e procedimento.....</i> | <i>34</i> |
| 1.3.2 <i>Hipóteses de cabimento (pressupostos) omissão contradição e obscuridade.....</i> | <i>37</i> |
| 1.3.3 <i>Embargos de Declaração com efeitos infringentes.</i> | <i>39</i> |
| 2 OS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDOS DOS CASOS. | 42 |
| 2.1 Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.791/PR..... | 42 |
| 2.1.1 <i>As razões suscitadas pelo Embargante.....</i> | <i>45</i> |
| 2.1.2 <i>O acórdão: posições em conflito.....</i> | <i>46</i> |
| 2.1.2.1 Voto do Relator: Ministro Gilmar Mendes. | 46 |
| 2.1.2.2 Os votos divergentes e seus fundamentos. | 49 |
| 2.1.2.3 O resultado do julgamento. | 51 |
| 2.2 O acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA..... | 51 |
| 2.2.1 <i>A situação jurídica excepcional e o voto do Ministro Eros Grau.....</i> | <i>53</i> |
| 2.2.2 <i>A solução indicada no voto do Ministro Gilmar Mendes: Eficácia pró-futuro.</i> | <i>54</i> |
| 2.2.3 <i>O resultado do julgamento.</i> | <i>57</i> |
| 3 ANÁLISE COMPARATIVA DOS CASOS E A CONTROVÉRSIA ACERCA DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA SUSCITAR A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE..... | 59 |
| 3.1 Os elementos comuns e as conseqüências concretas dos casos analisados..... | 59 |
| 3.2 A modulação dos efeitos como realização da vontade constitucional é inerente ao sistema ou faculdade do julgador? | 62 |
| 3.3 A decisão pela inviabilidade dos Embargos de Declaração para suscitar a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade..... | 67 |

| | |
|---|-----------|
| 3.4 O paradoxo entre as soluções apresentadas nos casos analisados, a essência da modulação de efeitos e o cabimento dos Embargos Declaratórios..... | 70 |
| CONCLUSÃO..... | 75 |
| REFERÊNCIAS..... | 78 |

INTRODUÇÃO

Propõe-se, com o presente trabalho, verificar o cabimento de Embargos Declaratórios para suscitar a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em ação direta, ainda que as partes não tenham formulado pedido anterior nesse sentido, a partir da análise de dois casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal - ADI nº 2.791/PR e ADI nº 2240.

A escolha do tema decorre, sobretudo, do interesse pelas questões envolvendo a técnica que possibilita modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Aliás, a opção pelo estudo dos casos deu-se após a leitura do acórdão resultado do julgamento nos embargos Declaratórios na ADI nº 2.791/PR, e da constatação de ausência de consenso entre os Ministros que compõe a Corte Maior. Em seguida, após orientação, verificou-se a viabilidade de realizar o cotejo entre o precedente outrora mencionado com outro caso já decidido pelo STF, razão pela qual foi trazida a questão posta na ADI nº 2.240/BA.

Além disso, considerou-se o fato de que os parâmetros acerca das técnicas que permitem o temperamento dos efeitos das decisões em controle abstrato de constitucionalidade estão em construção, e as questões levantadas ainda não possuem respostas consolidadas, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência.

Assinale-se que delimitação proposta pelo presente trabalho apresenta relevância acadêmica, especialmente no que diz respeito ao paralelo estabelecido entre dos casos, pela circunstância de que em nenhum deles foi formulado pedido para que a Suprema Corte aplicasse o art. 27, da Lei nº 9.868. Mesmo assim, na ADI nº 2.791/PR foi interposto o recurso de Embargos de Declaração objetivando a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e mais, pugnou-se pela atribuição de efeitos *pro futuro*. Nesse caso, prevaleceu a posição segundo a qual se as partes não formularam pedido

para que fossem mitigados os efeitos *ex tunc* da proclamação de inconstitucionalidade não haveria omissão.

De outro lado, na ADI nº 2.240/BA, em que também não houve pedido de restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, a ausência desse elemento formal não configurou óbice à aplicação de efeitos temperados pelo Supremo Tribunal Federal.

Nota-se, portanto, que no caso da ADI nº 2.240/BA, a ausência de requerimento formulado pelas partes ou interessados não foi considerada requisito indispensável para a prolação de decisão com modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Enquanto na ADI nº 2.791/PR suscitada a questão pela via dos Embargos Declaratórios, o Supremo Tribunal decidiu que a Corte não foi omissa, exclusivamente em razão da ausência de requerimento anterior nesse sentido.

Surge, então, o seguinte questionamento: É compatível com o controle abstrato de normas a interposição de Embargos Declaratórios indicando omissão quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, ainda que as partes não tenham formulado prévio pedido nesse sentido?

A resposta ao problema apresentado, passa ainda pelas seguintes indagações: é condição para que o Supremo Tribunal Federal aplique o artigo 27, da Lei n. 9.868/99, a formulação de pedido por alguma das partes ou interessados? A decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato deve tratar expressamente dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sob pena de ser omissa?

Demonstrar-se-á, então, que a prévia existência de pedido não é condição para a incidência do artigo 27, da Lei n. 9.868/99, porquanto, constatada a situação em que sejam evidentes as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social deverá a Corte tratar expressamente dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

E mais, se somente após a pronúncia de nulidade na norma demonstrar-se o abalo às situações jurídicas consolidadas e à própria segurança jurídica, tendo em vista que a modulação de efeitos tem como principal fundamento evitar que a nova situação, decorrente da declaração de nulidade lei impugnada, cause maior violação ao texto constitucional do que a manutenção dos efeitos da norma inconstitucional já existentes, a Corte tem o dever constitucional de apreciar pedido de limitação dos efeitos, ponderando os valores em conflito, e acolher a irresignação tardia, se necessário.

Nesse contexto, o primeiro capítulo será destinado ao estudo dos institutos jurídicos envolvidos no problema a ser enfrentado, tais como: 1) o sistema de controle de constitucionalidade abstrato, passando pelo seu surgimento, evolução e relevância dentro do sistema de controle de constitucionalidade nacional, destacando-se as suas características e objetivos; 2) os efeitos das decisões de inconstitucionalidade; 3) e, por fim, uma breve análise do único recurso cabível em sede de controle abstrato de normas, os Embargos Declaratórios.

O segundo capítulo, por sua vez, será reservado a descrição minuciosa dos casos objeto do presente estudo, demonstrando os fatos e fundamentos pertinentes ao problema a ser enfrentado, bem como as circunstâncias comuns a cada um e as soluções apresentadas nos respectivos julgamentos.

Por derradeiro, no terceiro e último capítulo, buscar-se-á estabelecer um paralelo entre os fundamentos adotados como razão de decidir em cada um dos casos, e a possível incoerência entre as conclusões por eles expostas.

Demonstrar-se-á que a técnica da modulação de efeitos faz com que elementos concretos sejam a principal razão da sua incidência, e mesmo em se tratando de controle abstrato de normas, o Supremo Tribunal Federal está a observar os efeitos subjetivos decorrentes de sua decisão, mitigando até mesmo a abstração, até então absoluta.

Ao final, buscar-se-á demonstrar que, se a essência da modulação de efeitos é evitar que a declaração de nulidade da norma conduza a resultado que

represente maior afronta ao texto constitucional do que a manutenção de efeitos pretéritos da norma nula, a avaliação quanto a incidência ou não dos efeitos temperados é sim um dever constitucional, não devendo ficar adstrito a formulação de pedido pelas partes, e portanto, os embargos declaratórios, como a única forma de se apontar conseqüências concretas antes não previstas pela Corte, seria plenamente viável.

Para o enfrentamento do problema, a metodologia de pesquisa empregada foi a bibliográfica, por meio do estudo do material já publicado, livros, artigos, periódicos, jurisprudência e material disponibilizado pela Internet, bem como pela consulta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1 ANÁLISE DOS INSTITUTOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS NO PROBLEMA A SER ENFRENTADO.

1.1 O Controle Abstrato de Constitucionalidade

1.1.1 O desenvolvimento do controle abstrato e seus objetivos

A Constituição vigente no Brasil contempla duas vias de fiscalização judicial de constitucionalidade: a via de exceção ou difusa e a via de ação ou concentrada, compondo, dessa forma, um sistema de controle denominado eclético, híbrido, ou misto¹.

A coexistência das vias concentrada e difusa de controle constitucionalidade no ordenamento pátrio surge sob a égide da Constituição de 1934, que introduziu a Ação Direta Interventiva e manteve as disposições da Constituição de 1891 acerca do controle difuso².

No entanto, em razão dos contornos restritos inicialmente atribuídos a Ação Interventiva³, a doutrina considera que somente em 1965, com a Emenda nº 16, de

¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.60. Para André Ramos Tavares a denominação “misto” é uma contradição. Seria correto falar “modelo combinado: pois só o STF (= controle concentrado) pode realizar controle abstrato (objetivo, em tese). E qualquer instância judicial (= difuso) pode fazer o controle de constitucionalidade para resolver adequadamente o caso concreto (...)”. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 226.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 50.

³ Nesse sentido, vale mencionar, as lições de Gilmar Mendes, para quem em 1934 a ação direta interventiva limitava-se submeter ao Supremo Tribunal Federal a análise sobre a constitucionalidade de lei ou ato editado por Estado-Membro que supostamente violara princípios constitucionais sensíveis, bem como avaliar a lei de intervenção, e o único legitimado ativo era Procurador-Geral da

26 de novembro, foi efetivamente introduzida a fiscalização abstrata de constitucionalidade. Conforme atesta Celso Ribeiro Bastos, “a partir da referida Emenda, a mecânica de controle constitucional enriqueceu-se pelo alargamento da amplitude conferida à via da ação direta”, que permitiu o exercício do controle abstrato sobre todas as normas federais e estaduais (e não só sobre aquelas que violassem princípios sensíveis, como no regime anterior). Segundo ele, a inovação detém importância impar porque o julgamento da norma em tese consagra a função precípua de defesa do sistema jurídico⁴.

Outra inovação relevante diz respeito a Emenda nº 77, de 13 de abril 1977, que consagrou o efeito vinculante à interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo⁵.

A Constituição Federal de 1988 (e as expressivas inovações por ela trazidas), resultaram em um modelo mais democrático de fiscalização abstrata de constitucionalidade das normas⁶.

Dentre as inúmeras mudanças trazidas pelo texto de 1988, destaca-se: o elastecimento do rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103); a possibilidade de invocar o controle abstrato sobre a omissão (art. 103, § 2º e art. 102, inciso I, alínea “q”); autorização dada às Constituições estaduais para estabelecerem o controle sobre normas estaduais e municipais; a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei federal (art. 102, inciso I, alínea “a”) e a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (art. 102, § 2º), ambas pela emenda nº 3, de 17 de março de 1993⁷; a citação obrigatória do Advogado-Geral da União, para nas Ações Diretas defender o ato impugnado (art. 103, § 3º); a manifestação do Procurador-Geral em

República. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1087.)

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 649.

⁵ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 88

⁶ MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 2004, p. 79.

⁷ MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 2004, p. 79.

todas as ações de inconstitucionalidade; por fim, a alteração do Recurso Extraordinário, com destinação ao exclusiva a objeção acerca de matéria constitucional (art. 102, III)⁸.

A alteração mais festejada pela doutrina foi, sem dúvida, a que ampliou o rol de legitimados para a propositura das ações de controle concentrado, pois encerrou a era de monopólio do Procurador-Geral, o qual durante longo período foi o único legitimado à submeter diretamente (sem a necessidade de uma demanda concreta) as questões constitucionais ao Supremo Tribunal Federal⁹.

Gilmar Mendes afirma que “a Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*”¹⁰, e justifica:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que muitas controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas¹¹.

Com efeito, tais assertivas são corolário da eficácia fornecida ao controle de constitucionalidade pela via de ação, especialmente em razão da extensão dos efeitos concretos e definitivos das decisões dela decorrentes.

Isso porque, no sistema vigente o controle pela via de ação é classificado como *concentrado* pois a competência para o julgamento das questões constitucionais por meio delas instauradas foi outorgada a um único órgão, uma Corte Constitucional específica, o Supremo Tribunal Federal¹².

⁸ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 90.

⁹ Atualmente são legitimados: O Presidente da República, Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1111.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1151.

¹² MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 2004, p. 82-83.

E mais, no controle de constitucionalidade pela via de ação o processo é instaurado com o objetivo específico de impugnar o ato inconstitucional¹³. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal ao decidir a questão constitucional resolve a demanda principal, pondo fim a lide¹⁴, ao contrario do que ocorre na via difusa, em que a objeção constitucional é apenas uma questão prejudicial.

Essa forma de controle é também classificada como *abstracta*, porquanto prescinde da existência de uma demanda concreta para que seja levada ao judiciário, a ação é instaurada com o objetivo de avaliar a constitucionalidade em tese, verificando a existência de vícios formais (na elaboração) e materiais (quanto ao conteúdo) da norma, sem qualquer referência a um caso que envolva direitos subjetivos ou fatos¹⁵. Trata-se de um processo objetivo, cuja finalidade é garantir que as normas do ordenamento jurídico estejam em consonância com os preceitos da Lei Maior.

A própria Carta Constitucional, ao tratar das ações destinadas ao controle concentrado de normas, adotou a expressão “ação declaratória”, eis que o processo por ela instaurado resulta em efetiva declaração¹⁶ de inconstitucionalidade, e não o simples afastamento da lei ou ato normativo, tampouco apenas a recusa de sua aplicação (como ocorre na via difusa-incidental)¹⁷.

No mesmo sentido, estão as lições de Celso Ribeiro Bastos, ao dizer que o controle abstrato de normas visa “expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais”, enquanto a via difusa “limita-se a subtrair alguém aos efeitos de uma lei ou ato com o mesmo vício” e conclui: “constata-se que os objetivos perseguidos por uma e outra via são diferentes”¹⁸.

¹³ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 97.

¹⁴ MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 2004, p. 82.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 226.

¹⁶ Importa reconhecer que existem discussões acerca da natureza da sentença de inconstitucionalidade, se declaratória (Marshall) ou constitutiva (Kelsen).

¹⁷ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 102.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 642.

A abstração e objetividade do controle concentrado de normas fazem com que a decisão sobre a inconstitucionalidade retire a norma do ordenamento jurídico. Ao proceder a análise “em tese” da norma o resultado é a sua total inaplicabilidade.

Por essa razão é que se afirma que o controle pela via de Ação Direta detém maior eficácia do que a decisão proferida em controle difuso, tendo em vista que atinge e regula um número ilimitado de relações jurídicas. Ao retirar a norma do ordenamento jurídico sem qualquer vinculação ao caso concreto, o controle abstrato de normas é automaticamente mais amplo e por isso considera-se que prevalece sobre o difuso.

1.1.2 Efeitos do controle abstrato de normas

Os efeitos clássicos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, decorrem do texto constitucional e das disposições contidas na Lei nº 9.868/99, e até mesmo da lógica do sistema, em razão da avaliação abstrata da norma.

A eficácia *erga omnes*, prevista no artigo 102, § 2º, da Constituição da República e no artigo 28, da Lei nº 9.868/99, diz respeito à eficácia subjetiva da declaração de inconstitucionalidade, e estabelece que a decisão terá aplicação em relação a todos, e não atingirá apenas as partes da ação.

O fundamento para a eficácia geral do decisório proferido em sede de controle abstrato de constitucionalidade decorre da legitimação extraordinária para a propositura das Ações Diretas, pois embora atuem em nome próprio, buscam defender direitos e interesses públicos.¹⁹

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

Ao interpretar as implicações da eficácia Gilmar Mendes revela que do ponto de vista estritamente processual, a eficácia geral e contra todos, obsta que a questão seja novamente submetida à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal²⁰.

No entanto, afirma que a alteração de circunstâncias fáticas ou de “relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”, por certo, poderá conduzir a nova avaliação acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma²¹. Ressalta, ainda, que a eficácia *erga omnes* da decisão em controle abstrato não obsta o exercício da atividade legislativa. Assim Poder Legislativo poderá editar ato normativo idêntico o que foi afastado do ordenamento pelo Supremo Tribunal Federal²².

De outra sorte, na opinião de Luís Roberto Barroso, a impossibilidade de nova apreciação do tema decorre da eficácia preclusiva da coisa julgada²³.

Em complementação à eficácia *erga omnes*, por meio da EC nº 03, de 17 de março de 1993 foi instituída também a eficácia vinculante. Posteriormente, o preceito foi inserido no artigo 102, § 2º, da Carta Constitucional pela EC nº 45/2004, previsto, ainda, no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99.

O efeito vinculante significa que o reconhecimento da constitucionalidade / inconstitucionalidade da norma terá força obrigatória geral em relação a todos os órgãos do poder judiciário, salvo o próprio Supremo Tribunal, bem como a vinculação dos órgãos da administração direta e indireta federal, estadual e municipal.

²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 535.

²¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 537.

²² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 541.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, a eficácia vinculante significa que “todos os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela Corte Suprema”²⁴. Além disso, considera-se, que a partir de então deverá ser observada sobretudo a *ratio decidendi* ou seja, os fundamentos e motivos determinantes da decisão²⁵.

Por derradeiro, no que diz respeito aos efeitos temporais, o sistema de controle judicial tem como regra o efeito *ex tunc* ou retroativo. Esse efeito estabelece premissa segundo a qual, a declaração de inconstitucionalidade atinge a norma *ab initio*, pois o vício da inconstitucionalidade acarretará a nulidade da norma, que equivale à sua inexistência.

Segundo as lições de Luís Roberto Barroso, tem “como consequência a lei ou ato normativo nulo não deverá mais produzir efeitos (...) nulidade e ineficácia são as consequências que, de regra, resultarão da declaração de inconstitucionalidade”.²⁶

Entretanto, em direito, para toda regra existe exceção, e no caso do efeito retroativo, a necessidade de soluções alternativas ao afastamento absoluto e *ab initio* da norma inconstitucional, resultou na construção de novas técnicas para a sentença de inconstitucionalidade, genericamente denominada modulação de efeitos.

Em razão da relevância das questões que circundam a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, seus desdobramentos serão abordados em tópico próprio.

1.1.3 As ações do controle abstrato de normas

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 713.

²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 713.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.154.

Como já assinalado, as Ações Diretas do modelo concentrado de controle tem por mérito a fiscalização abstrata e objetiva acerca da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais e estaduais.

Os elementos comuns entre as ações de controle pela via de ação são a competência – Supremo Tribunal Federal e os legitimados²⁷, expressamente definidos no artigo 103 da Carta Magna atual, são eles: I- Residente 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 Federal²⁸; V- Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI- 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 nacional²⁹.

As ações do controle concentrado de constitucionalidade podem ser classificadas como: interventiva, genérica e sumpridora de omissão³⁰.

A Ação Direta *Interventiva* destina-se a promover a intervenção federal nos Estados-Membros em caso de descumprimento dos princípios sensíveis elencados no artigo 34, VII, da Lei Maior³¹. A ação há de ser proposta pelo Procurador-Geral da

²⁷ Embora o artigo 103 da Constituição não mencione a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, determina que serão legitimados à propositura da ação os mesmos definidos para a ação direta de inconstitucionalidade.

²⁸ A Câmara Legislativa do Distrito Federal foi incluída na redação do inciso V do artigo 103 pela Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, que alterou, igualmente, a redação do inciso V para incluir o Governador do Distrito Federal.

²⁹ Em contraponto, o jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu limites ao exercício dessa competência por alguns dos legitimados. No caso das Mesas das Assembléias Legislativas, Governadores e partido político com representação no Congresso Nacional é necessária, por exemplo, a demonstração de pertinência temática, ou seja, exige-se que o objeto da ação de controle esteja relacionado às atividades desempenhadas pela instituição proponente. TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.50.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 51-52.

³¹ Na visão de Gilmar Mendes, embora na ação interventiva a norma seja avaliada em tese, de forma objetiva, ela não está propriamente inserida como instrumento de controle de constitucionalidade, uma vez que a decisão proferida é meramente declaratória, não obriga e nem condena o Estado-Membro a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1294-1295.

República e será julgada pelo Supremo Tribunal Federal³². A improcedência dessa ação conduz ao reconhecimento da constitucionalidade da lei ou ato do Estado-Membro. De outra sorte, a procedência da ação é mero juízo de constatação de violação do texto constitucional, não se declara a nulidade ou ineficácia do ato, apenas vinculam-se as partes da relação processual e possibilita-se que o Chefe do Poder executivo, por meio de decreto, suspenda a execução do ato – se a medida bastar para o restabelecimento da normalidade³³.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal, e ora classificada como *Genérica*, tem origem no processo interventivo acima mencionado³⁴. Cuida-se de instrumento que submete ao Supremo Tribunal Federal a fiscalização em abstrato de lei ou ato normativo federal ou estadual, e que no dizer de José Afonso da Silva, tem por objetivo “expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é a ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional”³⁵ - ³⁶.

O procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade foi regulamentado pela Lei nº 9.868/99, substituindo a disciplina contida no Regimento Interno do STF e

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1292-1295.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1274.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52.

³⁶ Exige-se, no entanto, que as leis ou atos normativos impugnados tenham sido editados após a promulgação da Constituição. Segundo o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal a via da ação direta de inconstitucionalidade não seria adequada para o questionamento de norma editada antes da Constituição de 1988, por tratar-se de conflito que deve ser resolvido de acordo com as regras de direito intertemporal, e portanto resolvida pela jurisdição ordinária. TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.50
Nesse sentido: “(...) quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339)” - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 353508. Órgão julgador: Segunda Turma, Ministro Relator: Celso de Melo. Julgado em 15/05/2007, publicação no DJ em 29-06-2007.

³⁶ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.50.

da Lei nº 4.337/64³⁷ - ³⁸. Na espécie, de acordo com os ditames da Lei nº 9.868/99, não se admite desistência e argüição se suspeição ou impedimento³⁹.

Para o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade exige-se presença de no mínimo oito ministros, com votos no mesmo sentido de seis deles. E a decisão proferida tem caráter “dúplice” ou “ambivalente”, ou seja, caso seja julgada improcedente a Ação de Inconstitucionalidade declara-se a constitucionalidade da norma, e vice-versa (artigos 23 e 24 da Lei nº 9.868/99)⁴⁰.

Por derradeiro, cabe mencionar que as decisões proferidas em sede de Ação Direta são irrecorríveis (ressalvada a hipótese de embargos de declaração), e também não poderão ser hostilizadas pela via da Ação Rescisória (artigo 26 da Lei nº 9.868/99)⁴¹.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, foi inspirada da Carta Constitucional portuguesa E passou a compor o ordenamento pátrio a partir da Constituição de 1988, artigo 103, § 2º⁴².

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 139.

³⁸ Em razão da natureza objetiva do processo, a Lei nº 9.868/99 estabelece que não é permitido o ingresso no feito de terceiro interessado para a defesa de seus interesses concretos ou de litisconsórcio, que poderá ocorrer somente em relação aos legitimados do artigo 103 da Carta Magna³⁸. Em contraponto, o § 2º do artigo 7º da referida lei admite a presença do *amicus curiae*, o que garante a participação de órgãos e entidades a fim de contribuir com a colação de novos elementos à formulação de um juízo sobre a constitucionalidade/ inconstitucionalidade da norma. Gilmar Mendes afirma que a positivação do *amicus curiae* “conferiu caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1174

³⁹ BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o supremo tribunal federal. Diário oficial da União, de 11 de novembro de 1999. Artigos 5º e artigo 9º §§ 1º e 2º.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1178-1179.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1179. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 147-148.

⁴² Para Michel Temer, a inclusão da ação direta por omissão no texto constitucional baseou-se nas experiências vividas nas Cartas anteriores, cuja ausência de regulamentação dos direitos nelas elencados tornou inúmeros dispositivos constitucionais ineficazes, ou seja, “o legislador ordinário omitindo-se inviabilizou a vontade do legislador constituinte”. TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.51-52.

Assim como as demais ações de controle abstrato de constitucionalidade, a Ação Direta por omissão instaura um processo objetivo que não está voltado à solução de uma relação jurídica subjetiva, mas impedir que a omissão do legislador na regulamentação dos preceitos constitucionais venha obstar o exercício de direitos e garantias previstos na Lei Maior⁴³.

A decisão produz efeitos tão somente no plano normativo, mas que repercute estritamente na esfera política⁴⁴. Isso porque, ao reconhecer a omissão inconstitucional interfere na atividade de outro poder, o Legislativo, que tem discricionariedade sobre sua atividade. Em contraponto, justifica-se a interferência somente nas ocasiões em que a Constituição Federal impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma que possibilite a concretização do mandamento constitucional⁴⁵.

Assim, finalidade da ação é “realizar, na sua plenitude, a vontade do constituinte”⁴⁶. E para que essa finalidade seja alcançada é conferida à ação objeto amplo, que permite a verificação da omissão ainda que em atos normativos secundários de competência do Poder Executivo (regulamentos e instruções normativas), ou do Judiciário^{47 - 48}.

⁴³ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.52.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 196.

⁴⁶ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.51.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193.

⁴⁸ Questão interessante é saber o que ocorre após a declaração de inconstitucionalidade por omissão. A rigor, o Poder competente será cientificado para que adote as providências necessárias. Sendo a medida de competência de órgão administrativo (seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário) será estabelecido o prazo de 30 dias para que a ordem judicial seja cumprida, sob pena de responsabilização do agente público encarregado. De outro lado, no caso de medida legislativa, a Constituição não determinou prazo para o cumprimento da decisão, de modo que o Poder Legislativo apenas terá ciência da omissão. Não há, igualmente qualquer sanção prevista em caso de descumprimento. Na visão de Michel Temer o constituinte deixou tal regulamentação a cargo do próprio Poder Legislativo. (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.52-53.)

De outro lado, a jurisprudência tem evoluído para entender que seria razoável que a decisão estabelecesse um prazo para que o legislador em mora, cumpra o dever constitucional. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1251-1252.)

A Lei nº 9.868/99 não apresenta regras específicas acerca da Ação Direta por omissão, sendo-lhe aplicadas as regras relativas a Ação Direta de Inconstitucionalidade *genérica*⁴⁹.

Ainda, no que diz respeito a Ação Declaratória de Constitucionalidade, é forçoso lembrar que ela não estava presente no texto original da Constituição Federal de 1988, tendo sido inserida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, na alínea “a” do inciso I do artigo 102. Segundo as lições de Michel Temer, embora seja uma ação destinada ao controle abstrato de normas, nasceu para resolver uma situação fática, qual seja, o excesso de processos na Justiça Federal^{50,51}.

Com esse objetivo, lhe foi atribuído efeito contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo (artigo 102, § 2º, CF).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade é destinada, a rigor, a resolução de controvérsia fática envolvendo e decisões concretas afirmando a inconstitucionalidade da norma⁵². A fim de fazer cessar tais discussões e impedir decisões contrárias ao preceito normativo, propõe-se a Ação Declaratória, com o escopo submeter a questão diretamente ao Supremo Tribunal Federal, que decidirá definitivamente a matéria. A propositura da Ação Declaratória é considerada um “atalho” à resolução das controvérsias envolvendo matéria constitucional⁵³, tendo em

⁴⁹ Nesse contexto, incidem as regras já assinaladas quanto ao quorum para julgamento, intervenção de terceiros, *amicus curiae*, recorribilidade e rescindibilidade.

⁵⁰ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 54.

⁵¹ Contudo, ato continuo à sua criação surgiram inúmeras dúvidas acerca de sua constitucionalidade, alegando-se ofensa aos princípios do devido processo legal (art. 5º, LVI), do contraditório, da ampla defesa e segundo grau de jurisdição (art. 5º, LV), e do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV). Entendeu-se que a violação a tais princípios implicaria a inobservância das cláusulas pétreas e direitos fundamentais. Para Celso Ribeiro Bastos, “a reação contrária à ação declaratória deveu-se sobretudo ao desconhecimento aprofundado da teoria sobre a jurisdição constitucional”, porquanto as características impugnadas são típicas do controle abstrato de normas, e “o que se pretende com a propositura da ação declaratória de constitucionalidade é dar solução ao estado de incerteza que paira sobre a legitimidade de uma lei ou ato normativo federal”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 657-659 e SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 658.

vista que todos os feitos em andamento serão atingidos pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

No dizer de José Afonso da Silva, cuida-se de um processo apenas “aparentemente objetivo”, porque instaurado com fundamento nas causas subjetivas que ocasionaram a controvérsia constitucional⁵⁴. Ainda, conforme a opinião de Michel Temer, a Ação Declaratória busca “atestar a validade da norma”⁵⁵.

A propositura da Ação Declaratória depende da existência de “legitimação para agir *in concreto*”, ou seja, nos termos do artigo 14, inciso III, da Lei nº 9.868/99, exige-se a demonstração de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do dispositivo levado à apreciação, para configurar a situação que esteja a comprometer a presunção de constitucionalidade na norma^{56 - 57}.

O objeto da Ação Declaratória é tão somente a lei ou ato normativo federal. Mas o parâmetro de controle, o procedimento para julgamento, e a natureza dúplice da decisão da Ação Declaratória são exatamente os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade. O procedimento encontra-se igualmente regulamentado pela Lei nº 9.868/99.⁵⁸

Por derradeiro, a mais recente espécie dentre as ações destinadas ao controle sobre a constitucionalidade das normas foi Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ínsita no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal. A ADPF

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56-57.

⁵⁵ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 54.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1182.

⁵⁷ No que concerne à legitimação, cumpre mencionar que o rol de legitimados inicialmente previsto no artigo 103, § 4º da Constituição não era tão amplo, mas com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, o mencionado artigo foi revogado, e a legitimação passou a ser a mesma das demais ações do controle abstrato, previstos no caput do artigo 103. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1187-1189.

⁵⁸ A Lei nº 9.868/99 não admitiu a intervenção de terceiros e não dispôs acerca da manifestação do *amicus curiae*, ao contrario do fez em relação a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 7, § 2º).

somente passou a ter eficácia mediante a regulamentação dada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999⁵⁹⁻⁶⁰.

A ação em comento busca evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público, bem como sanar controvérsias em torno de lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, e até mesmo das normas de direito pré-constitucional⁶¹.

A amplitude do objeto a ser abarcado pela ADPF leva a existência de uma ação onde poderão ser analisadas questões antes não abrangidas pelas demais ações do controle abstrato de normas, como por exemplo na hipótese de verificação sobre a compatibilidade do direito pré-constitucional, que anteriormente somente chegava ao Supremo por meio do Recurso Extraordinário^{62 - 63}.

De outro lado, o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 determina expressamente que não será admitida argüição quando houver qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade. É o que a doutrina define como “caráter subsidiário” desta ação, tendo em vista que não pode ser utilizado para substituir outros instrumentos com idêntica finalidade⁶⁴⁻⁶⁵.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 641.

⁶⁰ A Lei nº 9.882/99 teve sua constitucionalidade questionada por meio da ADI nº 2.231 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil –OAB. Contudo, a controvérsia foi sanada antes mesmo do julgamento da ADI, por ocasião da decisão reconheceu a admissibilidade da ADPF nº 54 e pelo julgamento do mérito da ADPF nº 33. Até a presente data - 26.06.2010 - a ADI nº 2.231 não foi julgada.

⁶¹ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 54.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1195.

⁶³ Como lembra Alexandre de Moraes, por meio da ADPF “o Supremo Tribunal Federal poderá, de forma rápida, geral e obrigatória (...) evitar ou fazer cessar condutas do poder público que estejam colocando em risco os preceitos fundamentais da república, e em especial, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e os direitos e garantias fundamentais da república.” E com isso consagrar “maior efetividade no controle das ilegalidades e abusos de poder”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 644.

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 642.

⁶⁵ A subsidiariedade pode ser entendida como a necessidade de exaurimento das vias eficazes ao afastamento da lesão, e definida como uma condição de admissibilidade objetiva, com vistas a “impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional”. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou, entretanto, que essa condição deve ser analisada caso a caso, verificando-se a eficácia prática da outra opção existente. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1202-1204.

O procedimento da Arguição também foi regulamentado pela Lei nº 9.882/99, que estabeleceu, dentre outras coisas⁶⁶, que a ação poderá ser principal ou incidental. No primeiro caso a lei ou ato é analisado diretamente. Na segunda hipótese é uma situação concreta que dá ensejo à objeção, e a decisão do Supremo Tribunal Federal resolverá a questão prejudicial e repercutirá nos processos subjetivos⁶⁷⁻⁶⁸.

O *quorum* para a instalação da sessão de julgamento é de dois terços dos Ministros, conforme preceitua o artigo 8º, da Lei nº 9.882/99. A Lei não fixou *quorum* diferenciado para a decisão, portanto, apenas na hipótese de declaração de inconstitucionalidade deve ser observada a regra da reserva de plenário (artigo 97, CF/88)⁶⁹.

1.2 A eficácia da declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato.

1.2.1 Teoria da Nulidade (*ex tunc*) da Anulação (*ex nunc*).

Por influência do constitucionalismo norte americano, onde surgiu o

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 55.

⁶⁶ A concessão de liminar em Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental está prevista no artigo 5º da Lei 9.882/99. Segundo Gilmar Mendes, a medida poderá inclusive determinar a suspensão de processos em andamento ou dos efeitos de decisões judiciais. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1198.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1198.

⁶⁸ Merece menção, o fato de que na ADPF a Lei nº 9.882/99 conferiu a ADPF contornos mais abertos intervenção de terceiros e *amicus curaie*, e consagrou a possibilidade do relator deferir a manifestação das partes dos processos subjetivos, do *amicus curaie*, e ainda de peritos e especialistas sobre o tema.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário oficial da União, de 6 de dezembro de 1999.

cânone “the unconstitutional statute is not law at all”, originário na decisão do Juiz John Marshall⁷⁰ no caso *William Marbury v. James Madison* em 1803, adotou-se em nosso sistema de controle constitucionalidade a tese da nulidade das normas inconstitucionais, tudo com base no princípio da supremacia da Constituição.

Segundo essa concepção a decisão de inconstitucionalidade é declaratória, porquanto apenas reconhece uma situação de incompatibilidade já existente, prevalecendo, dessa forma, os efeitos *ex tunc*⁷¹.

Parte-se da premissa de que a Carta Constitucional é a lei maior de um Estado, e seu texto contempla normas que criam a estrutura e a organização de seus órgãos, a forma de aquisição de poderes e seus limites, dispondo sobre direitos econômicos, sociais e culturais, bem como a disciplinando dos direitos e garantias fundamentais⁷². Assim, a teor da concepção estabelecida por Kelsen, a Constituição é o fundamento último de validade das normas dentro do ordenamento jurídico de uma nação⁷³, e, por conseguinte, imperativa e hierarquicamente superior as demais normas.

A fim de resguardar a supremacia constitucional e evitar a perpetuação de normas formalmente ou materialmente incompatíveis com os preceitos constitucionais, surge a idéia do controle de constitucionalidade, que significa, “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”⁷⁴.

⁷⁰ Em sua obra, Ruy Barbosa transcreve parte da decisão de Marshall, nos seguintes termos: “*Com que fim se estipularam esses poderes, e com que fim se reproduzira essa estipulação a escripto, si os limites prescriptos pudessem ser ultrapassados exactamente por aquelles, que Ella se propunha a cohibir?*” (...) “*Ou haveremos de admitir que a Constituição annulla qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou annuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição.* (...) *Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com actos da legislação usual*”. BARBOSA, RUY. **Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 1893, p. 44.

⁷¹ ZAVASCK, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.48.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**: prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12.

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 701.

Para Rui Barbosa, o exercício de controle sobre a constitucionalidade das normas tem como resultado, necessariamente, a nulidade da lei ou ato normativo. Segundo ele, o efeito é consequência própria da essência do sistema, ou seja, se a Constituição delineou as competências de todos os poderes integrantes do Estado, se tais poderes excedem ou contrariarem as disposições constitucionais estarão praticando atos para aos quais não são competentes, “o que em direito equivale a cair em nulidade”⁷⁵.

No mesmo sentido, para Luis Roberto Barroso prevalece no direito brasileiro a Teoria da Nulidade da norma inconstitucional, que “situa a inconstitucionalidade no campo da nulidade” e aponta como resultado natural e forçoso desse entendimento “a premissa de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, limitando-se a reconhecer um vício preexistente”⁷⁶.

Segundo esse entendimento, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição, quando houver pronúncia de nulidade da lei ou ato normativo, a norma é atingida desde o seu nascimento e não produz efeitos válidos, não estando apta a regular direitos e obrigações.

De outro lado, José Afonso da Silva entende que a teoria norte-americana, no sentido de que a norma inconstitucional é nula, não seria compatível com o sistema constitucional pátrio em vista da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos emanados pelo Poder Público⁷⁷⁻⁷⁸.

Essa outra concepção acerca dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade diz respeito à doutrina consagrada por Hans Kelsen, para quem, o reconhecimento da incompatibilidade com a Constituição não pode gerar efeitos retroativos, mas a mera anulação na norma e com eficácia a partir da data do julgamento, ou algum outro momento que o Tribunal venha a fixar.

⁷⁵ BARBOSA, RUY. **Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa 1893, p.43.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53.

⁷⁸ No mesmo sentido entendia o Ministro Leitão de Abreu – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 79343. Relator LEITAO DE ABREU. Brasília, DF 31 mai. 77. DJ de 2.9.77.

Para Kelsen o pronunciamento da Corte é constitutivo e não declaratório, porquanto anula norma existente. Por isso, segundo ele, não existe ato normativo nulo, mas a anulação com efeitos retroativos⁷⁹.

Em complementação, merece registrar, que ao discorrer sobre o resultado do controle de constitucionalidade, Kelsen afirmou que “é extremamente lamentável ter de anular por inconstitucionalidade uma lei, ainda mais um tratado, depois de terem vigorado por longos anos”. Em razão desse entendimento, apresenta sugestões para os efeitos da sentença de inconstitucionalidade, tais como a anulação pro futuro, “isto é, para os fatos posteriores à anulação”⁸⁰.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, durante muitos entendeu que a norma declarada inconstitucional seria nula de pleno direito, destituída de qualquer carga de eficácia jurídica, invalidando, com isso, todos os atos praticados com base nela⁸¹.

1.2.2 O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

A tradicional nulidade da norma incompatível com a Constituição, e a eficácia *ex tunc* da decisão que a declara, vem, no entanto, sofrendo uma tendência de relativização.

⁷⁹ HANS, Kelsen. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 308-309.

⁸⁰ HANS, Kelsen. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 170 -171.

⁸¹ Nesse sentido: “(...) 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. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência de inaplicabilidade. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos, a possibilidade de invocação de qualquer direito.(...)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 652. Relator CELSO DE MELLO. Brasília, DF 2 abr. 92. DJ de 2.4.93, p. 461.

A eficácia no plano concreto das decisões acerca da legitimidade de uma norma exige, muitas vezes, soluções alternativas à retroatividade, principalmente, em virtude do reconhecimento de que norma existiu validamente, produziu efeitos e regulou uma série de relações jurídicas até o momento da decisão que foi considerada inconstitucional.

Aliás, a solução da nulidade da norma inconstitucional vem sendo há muito apontada como técnica jurisdicional que não atende completamente o interesse constitucional, a teor da doutrina de Lúcio Bittencourt, segundo a qual “(...) essa doutrina da ineficácia da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário. (...)”. E acrescenta: “os tribunais tem que encontrar meios – e os tem encontrado – para salvar certos efeitos de fato que a inconstitucionalidade não pode cancelar”⁸².

Daí a previsão normativa trazida pelo art. 27, da Lei nº 9.868/99, que introduziu em nossa ordem jurídica preceito absolutamente inovador, pois autoriza que o Supremo Tribunal Federal, nas ações do controle concentrado, aplique os chamados “efeitos prospectivos”, pró-futuro ou modulação de efeitos, com fundamento na segurança jurídica ou excepcional interesse social, e votos de dois terços de seus membros.

Para Oswaldo Luiz Palu, a prática albergada pela Lei nº 9.868/99 conferiu “racionalidade e coerência ao sistema de controle de constitucionalidade” nacional⁸³.

Vale ressaltar, entretanto, que não foi abandonada a sanção da nulidade para norma inconstitucional. Em verdade, se estabeleceu 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, restringir os

⁸² BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 148-149.

⁸³ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos**. 2 ed. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2001, p.163.

efeitos da declaração, ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nessa esteira, Teori Albino Zavascki afirma, inclusive, que a Lei nº 9.868/99, ao prever que a alteração da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade ocorrerá apenas nas hipóteses excepcionais, reafirmou implicitamente a prevalência da teoria da nulidade da norma inconstitucional⁸⁴.

Portanto, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, normatizou as aspirações doutrinárias e jurisprudências, permitida a prolação de decisões com efeitos temperados, sem, contudo, abolir a tradicional tese na nulidade da norma inconstitucional⁸⁵.

1.2.2.1 Requisitos: Formal e material (segurança jurídica e excepcional interesse social) para a limitação de efeitos.

O requisito formal para a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade diz respeito ao *quorum* de votação exigido pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Assim, para que o Supremo Tribunal Federal possa modular os efeitos de uma sentença exigem-se votos de dois terços dos Ministros.⁸⁶

⁸⁴ ZAVASCK, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.49.

⁸⁵ Nesse sentido: "(...) Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um 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 d interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet nº 2859 MC. Relator: GILMAR MENDES. Brasília, DF, 06 abr. 04. DJ de 16.4.04, p. 91.

⁸⁶ PRADE, Péricles. Embargos declaratórios em ação direta de inconstitucionalidade e a omissão quanto ao exame do artigo 27 da Lei nº 9.868/99? Breves considerações. **Revista Dialética de Direito Processual**, Rio de Janeiro, nº 46, jan/2007, p. 83.

Para Péricles Prade, a regra pretende obstar práticas que venham a “banalizar a concessão da eficácia extraordinária e a fim de ser enfatizado o caráter de excepcionalidade do efeito flexibilizado”⁸⁷.

No que diz respeito aos requisitos de ordem material, igualmente delineados pelo artigo 27, exige-se que o Supremo Tribunal Federal verifique a existência razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Conforme atesta Gilmar Mendes⁸⁸, os conceitos estampados na norma em análise se revestem de base constitucional, e explica:

No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social (...).

Dessa forma, compreende-se como hipótese que enseja a limitação da sentença de inconstitucionalidade por “razões de segurança jurídica” aquelas situações em que se constate que retirada da norma do ordenamento, com efeitos retroativos, causará prejuízos as justas expectativas daquele que de boa-fé praticou atos protegidos pela norma, até então, vigente e eficaz.

No que concerte ao “excepcional interesse social”, a expressão é considerada inovadora no universo jurídico pátrio, e consubstancia espécie de interesse social amplo, que não se confunde com o interesse público, da Administração ou do Estado, mas interesse da coletividade com repercussão na esfera de direitos dos indivíduos.⁸⁹

⁸⁷ PRADE, Péricles. Embargos declaratórios em ação direta de inconstitucionalidade e a omissão quanto ao exame do artigo 27 da Lei nº 9.868/99? Breves considerações. **Revista Dialética de Direito Processual**, Rio de Janeiro, nº 46, jan/2007, p. 83.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet nº 2859 MC. Relator: GILMAR MENDES. Brasília, DF, 06 abr. 04. DJ de 16.4.04, p. 91.

⁸⁹ BERNARDINO, Victor de Ozeda Alla. A manipulação temporal dos efeitos decisórios no controle difuso de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2337, 24 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13897>>. Acesso em: 21 abr. 2010.

Além disso, exige-se também a configuração da excepcionalidade, ou seja, a ocorrência situação atípica e não habitual capaz de ocasionar violações aos direitos daqueles que serão atingidos pela inconstitucionalidade⁹⁰.

1.2.2.2 Discricionariedade na escolha das técnicas de decisão.

É interessante notar, que o artigo 27, da Lei nº 9.868, confere discricionariedade ao Supremo Tribunal Federal para decidir o momento a partir do qual a norma será considerado-se-á inconstitucional uma lei ou ato normativo, ou se a declaração de nulidade terá os efeitos tradicionais. A Lei prescreve que a Corte “poderá” flexibilizar os efeitos da inconstitucionalidade.

Destarte, a partir da aludida norma, são reconhecidos quatro métodos por meio dos quais os efeitos de decisão de inconstitucionalidade terão restrição no tempo. Tais hipóteses foram delineadas no Voto do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração na ADI nº 2.791PR⁹¹.

A primeira seria a declaração de inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado, e, portanto, com efeitos *ex nunc*, com ou sem represtinação.⁹²

De outro lado, foi desenvolvida a técnica de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*, ou seja, a suspensão dos efeitos da norma por tempo a ser fixado pela decisão.⁹³

⁹⁰ PRADE, Péricles. Embargos declaratórios em ação direta de inconstitucionalidade e a omissão quanto ao exame do artigo 27 da Lei nº 9.868/99? Breves considerações. **Revista Dialética de Direito Processual**, Rio de Janeiro, nº 46, jan/2007, p. 83.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, p. 103-104.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, p. 103-104.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, p. 103-104.

Há, ainda, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade⁹⁴, o que segundo Gilmar Mendes permite “que se opere a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional”⁹⁵.

Por fim, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* (retroativo), mas que preserve determinadas situações especificadas no julgado⁹⁶.

A adoção de tais parâmetros para a declaração de inconstitucionalidade justifica-se, consoante a opinião de Gilmar Mendes⁹⁷, em vista das situações em que a declaração de inconstitucionalidade com aplicação dos efeitos tradicionais poderá ocasionar violação ainda maior ao texto constitucional do que a manutenção da norma inconstitucional.

É interessante notar a abrangência e amplitude dos poderes conferidos ao julgador pelo artigo 27, da Lei nº 9.868, cujo exercício está condicionado à observância de conceitos abertos e que dependem exclusivamente de sua avaliação subjetiva. Com fundamento em tais conceitos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal poderão moldar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade para o futuro ,ou para o passado, como melhor lhes parecer.

Na expressão de Teori Albino Zavasck essa discricionariedade conferida à Corte Maior é corolário da própria atividade jurisdicional, e justifica, asseverando fundamentalmente o seguinte ⁹⁸:

⁹⁴ Explica Oswaldo Luiz Palu que: “*Na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, torna-se diferida a um termo futuro a data da nulidade (e a nulidade implica na cessação dos efeitos e da aplicabilidade da lei), para que o legislador possa intervir e corrigir a situação de incongruência. Acaso não faça este a correção, a decisão vige com todo o seu fulgor na data aprazada pela Corte (...).* PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.88299. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2001, p.191.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, p. 103-104.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, p. 103-104.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3 ed. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1320-1321.

⁹⁸ ZAVASCK, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49-50.

(...) não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade, cuja correção, todavia acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível mas comprometedor de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa (...). Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado (...) Tendo de dirimi-lo o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera mais relevante na situação em causa, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formados com base em lei que se pressupunha válida (...).

1.3 Os Embargos de Declaração.

1.3.1 Embargos Declaratórios: natureza jurídica, objetivos e procedimento.

Embora a legislação processual nacional tenha consagrado que a via dos Embargos de Declaração tem natureza jurídica de recuso, inserindo-o no rol estampado no artigo 496 do CPC, parte da doutrina ainda aponta a existência de discussões acerca da sua natureza jurídica⁹⁹.

Para Bernardo Pimentel, entretanto, o Código Processual Civil não deixa dúvidas:

A expressão ‘*outros recursos*’ inserta no **caput** do artigo 538 do mesmo diploma também revela a natureza recursal dos embargos declaratórios. Por fim, o artigo 554 reforça tal conclusão. A cláusula ‘*se o recurso não for de embargos declaratórios*’ igualmente afasta eventual dúvida acerca da

⁹⁹ Conforme demonstra José Frederico Marques, no sentido de que os embargos de declaração não seriam espécie recursal: “*Já dizia João Monteiro que não são eles ‘propriamente um recurso em sentido técnico de remédio, senão o único meio de, logicamente, desbravar a execução de dificuldades futuras e prováveis’.* Seguiu-lhe na esteira, Cândido de Oliveira Filho (...). Odilon de Andrade o restringe a simples pedido de esclarecimento, enquanto que Afonso Fraga o denomina de ‘um processo sui generis de hermenêutica e lógica judiciária’ (...). Negam, também, a qualidade recursal aos embargos de declaração, dois sistematizadores do processo civil vigente: Lopes da Costa e Gabriel de Resende Filho. Em contrário, admitindo esses embargos como recursos citam-se Seabra Fagundes, Jorge Americano, Carvalho Santos e Pontes de Miranda.” MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual civil**. Campinas: Millenium, 1999, p. 234-235.

natureza jurídica do instituto¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

Considerando a natureza recursal dos Embargos de Declaração, José Frederico Marques entende que a espécie está voltada exclusivamente à retratação da sentença ou acórdão, cuja avaliação é feita pelo próprio julgador¹⁰².

Vale destacar, a esse respeito, a visão de Rodrigo Mazzei, para quem “os declaratórios funcionam como recursos de saneamento, com fundamentação vinculada, por atacarem vícios formais (*errores in procedendo*) previamente tipificados”¹⁰³. Em razão desse entendimento, aduz que os declaratórios apresentam singularidade em relação aos demais recursos, pois objetivam o saneamento do decisório, e não a sua substituição, de forma que as hipóteses de cabimento estão restritas aos vícios formais do julgamento previstas no artigo 535 do CPC¹⁰⁴.

Por essa razão, o cabimento dos declaratórios está voltado à correção dos vícios expressamente previstos pela norma processual de regência, são eles: omissão, contradição e obscuridade (cuja elucidação será objeto do tópico seguinte).

Com efeito, o recurso em análise

tem objetivo clara e plenamente definido no CPC: são cabíveis para esclarecer obscuridade ou contradição na sentença do Juiz monocrático ou

¹⁰⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p. 514.

¹⁰¹ Em razão da natureza jurídica recursal, ensina Bernardo Pimentel: “os mais recentes preceitos que tratam dos recursos de embargos seguem a correta terminologia assentada no Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, segundo o qual há a ‘interposição’ de recurso. Aliás, a combinação do artigo 496, inciso IV, com o artigo 506 do Código de Processo Civil reforça a conclusão de que ocorre a ‘interposição do recurso’ de ‘embargos de declaração’, até mesmo porque ambos os preceitos constam ‘das disposições gerais’ ‘dos recursos’.” SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p. 514.

¹⁰² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual civil**. Campinas: Millenium, 1999, p. 234.

¹⁰³ MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração e a omissão indireta (Matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Rio de Janeiro. **Revista Forense**, Vol. 399, Ano 104, set-out/2008, p. 159. Para o Autor, “os vícios firmiais de julgamento não podem ser confundidos com eventual injustiça que o Estado-juiz venha a cometer no exercício da função jurisdicional, não obstante, em ambos os casos, seja Possível ocorrer prejuízo ao litigante.” (fl. 160).

¹⁰⁴ MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração e a omissão indireta (Matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Rio de Janeiro. **Revista Forense**, Vol. 399, Ano 104, set-out/2008, p. 157.

em acórdão de qualquer tribunal, inclusive o Supremo Tribunal Federal. O mesmo quanto for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal. É essa a regra do art. 535.¹⁰⁵

Em razão de tais objetivos, José Frederico Marques prescreve que os Embargos de Declaração resultam em “pronunciamento integrativo-retificador”, porquanto ao avaliá-los o julgador não está autorizado a “ir além do que o recurso permite, transmudando o reexame declaratório em infringência do julgado. Não se conclua, daí, que a decisão dos embargos não implique alteração da que foi embargada”¹⁰⁶.

Vale mencionar, ainda, com amparo nas lições de Barbosa Moreira, que os Embargos de Declaração são cabíveis em face de toda e qualquer decisão judicial, pois é

(...) inconcebível que fiquem sem judicial remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo. Não tem a mínima relevância que se trate de decisão de grau inferior ou superior, proferida em processo de cognição (de procedimento comum ou especial) de execução ou cautelar. Tampouco importa que a decisão seja definitiva ou não, final ou interlocutória¹⁰⁷.

A respeito do procedimento dos Embargos de Declaração, cumpre assentar que, o prazo para oposição é de 05 dias (art. 337, parágrafo 1º do RISTF e artigo 536 do CPC), e o recurso não está sujeito ao pagamento de preparo.

A petição será sempre dirigida ao próprio prolator da decisão, ou para o Relator, quando for alvo a decisão proferida por colegiado. Ainda, como já dito, o recurso haverá de ser julgado pelo mesmo órgão que proferiu o decisório embargado. Não é aplicável o artigo 557 do CPC e não há possibilidade de sustentação oral.

¹⁰⁵ REIS, Palhares Moreira. Embargos de Declaração em matéria constitucional. Belo Horizonte. Fórum Administrativo – **Direito Público**, nº 58, Ano 5, mar/2001, p. 6552.

¹⁰⁶ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual civil**. Campinas: Millenium, 1999, p. 234.

¹⁰⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; arts 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 542.

Além disso, o Código de Processo Civil também não contempla a necessidade de intimação da outra parte para a apresentação de resposta aos embargos. Contudo, a jurisprudência já consolidou entendimento pela necessidade de intimação da parte embargada na hipótese do decisório ter efeitos infringentes¹⁰⁸.

Por derradeiro, os termos do artigo 558, os Embargos de Declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos contra a mesma decisão, por qualquer das partes.

1.3.2 Hipóteses de cabimento (pressupostos) omissão contradição e obscuridade.

O interesse recursal para o aviamento dos Embargos de Declaração não diz respeito às questões de direito material resolvidas no julgado, mas aos vícios formais nele apresentados, tais como a omissão, a contradição e a obscuridade. “Essa a razão dos embargos de declaração previstos no inc. I do at. 535, que objetivam expungir da sentença (ou acórdão) eventuais efeitos que possam comprometer a sua compreensão”¹⁰⁹.

O vício que consubstancia a obscuridade é entendido como a ausência de clareza, que prejudica a compreensão do julgado¹¹⁰.

¹⁰⁸ Nesse sentido: “*EMENTA: Embargos de declaração. Efeitos infringentes. Admissibilidade excepcional. Necessidade de intimação da parte embargada para contra-razões. (...) Visando os embargos declaratórios à modificação do provimento embargado, impõe-se, considerado o devido processo legal e a ampla defesa, a ciência da parte contrária para, querendo, apresentar contra-razões.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 90532. Relator JOAQUIM BARBOSA. Brasília, DF 23 set. 09. DJ de 6.11.09, p. 161-164.

¹⁰⁹ ALVIN, J. E. Carreira. Diversas Faces dos embargos de declaração. **Revista de processo**, nº 130, Ano 30, dez/2005, p. 12.

¹¹⁰ Nesse sentido: ALVIN, J. E. Carreira. Diversas Faces dos embargos de declaração. **Revista de processo**, nº 130, Ano 30, dez/2005, p. 12; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; arts 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 545.

Barbosa Moreira, “essa será a mais grave modalidade do defeito, pois o que acima de tudo se precisa saber, com absoluta certeza, é o sentido em que se pronuncia o órgão judicial, ao resolver a questão ou ao julgar a lide.”

A contradição, por sua vez, diz respeito a existência de “proposições entre si inconciliáveis”¹¹¹, que apresentam dissonância entre termos contidos no ato decisório.

Essa discrepância, ou incoerência, pode ocorrer “entre as proposições (expressão de um juízo) contidas nos fundamentos da sentença (ou acórdão), ou mesmo entre os fundamentos e o dispositivo da decisão”¹¹², sendo necessário que seja interna, ou seja, nos próprios termos do julgado, e não entre julgadores¹¹³.

O julgado pode ser entendido por omissis quando “em razão de sua incompletude – traz no bojo um vácuo, que deve ser preenchido”¹¹⁴. Nessa esteira, é possível afirmar que é omissis porque “deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas por qualquer das partes ou examináveis de ofício”¹¹⁵, porquanto a “sentença deve acolher ou rejeitar no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor, nos termos do art. 459, ou seja, não deve conter omissão que a tornem cintra petita (...)”¹¹⁶.

É preciso ressaltar, dessa forma, que a omissão poderá ser direta ou indireta. Diz-se que a omissão é direta quanto o julgador não avalia aspecto relevante ao deslinde da lide levantado por qualquer das partes. De outro lado, a omissão indireta abrange as questões que devem ser resolvidas de ofício pelo juízo, independentemente de suscitação dos litigantes¹¹⁷.

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; arts 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 548.

¹¹² ALVIN, J. E. Carreira. Diversas Faces dos embargos de declaração. **Revista de processo**, nº 130, Ano 30, dez/2005, p. 12.

¹¹³ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual civil**. Campinas: Millenium, 1999, p. 234.

¹¹⁴ MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração e a omissão indireta (Matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Rio de Janeiro. **Revista Forense**, Vol. 399, Ano 104, set-out/2008, p. 163.

¹¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; arts 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 545.

¹¹⁶ ALVIN, J. E. Carreira. Diversas Faces dos embargos de declaração. **Revista de processo**, nº 130, Ano 30, dez/2005, p. 12.

¹¹⁷ MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração e a omissão indireta (Matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Rio de Janeiro. **Revista Forense**, Vol. 399, Ano 104, set-out/2008, p. 173.

Tal classificação revela, então, que a configuração da omissão passível de correção pelos Embargos de Declaração decorre não só de aspectos suscitados pelas partes, mas também, as questões em que pressupõe-se a atuação do Estado¹¹⁸, independentemente de provocação.

1.3.3 Embargos de Declaração com efeitos infringentes.

Em razão dos limites estampados do artigo 535 do CPC, “em princípio e como regra geral, os Embargos de Declaração (...) não tem o condão de promover a alteração do conteúdo da sentença ou acórdão, senão aperfeiçoar o que nessa peça processual se contem (...)”¹¹⁹.

Isso porque, “pela sua natureza de aclarar contradição ou omissão, em princípio não podem os embargos de declaração alterar a decisão *tomada*”¹²⁰. Em outras palavras, se considerada a essência dos Embargos, qual seja, extirpar omissão, obscuridade ou contradição, a rigor, esse recurso não poderia conduzir a modificação do julgado.

Para José Carlos Barbosa Moreira, no entanto, a regra não pode ser considerada em termos absolutos e explica:

Na hipótese de obscuridade, realmente, o que faz o novo pronunciamento é só esclarecer o teor do primeiro, dando-lhe a interpretação autêntica. Havendo contradição, ao adaptar ou eliminar alguma das proposições

¹¹⁸ Ao exemplificar as hipóteses que exige-se apreciação de ofício, Rodrigo Mazzei revela que “a intuitiva associação feita entre omissão indireta com a categoria das matérias de ordem pública não esgota, em absoluto, o rol de questões que podem ser vetores da oposição de embargos de declaração com espeque em tal fundamento(...). Nessa linha, nos atos decisórios algumas questões deverão ser resolvidas de ofício, isto é, sem requerimento expresso do beneficiário, apesar de, frise-se, não se tratar de matéria de ordem pública (...)” E menciona como exemplo: a) aplicação de juros e correção; b) honorários de advogado; c) prestações periódicas; d) fato superveniente; e) fixação de multa diária e/ou medidas de apoio f) saneamento de erros materiais. MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração e a omissão indireta (Matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Rio de Janeiro. **Revista Forense**, Vol. 399, Ano 104, set-out/2008, p. 177/178.

¹¹⁹ REIS, Palhares Moreira. Embargos de Declaração em matéria constitucional. Belo Horizonte. Fórum Administrativo – **Direito Público**, nº 58, Ano 5, mar/2001, p. 6553.

¹²⁰ REIS, Palhares Moreira. Embargos de Declaração em matéria constitucional. Belo Horizonte. Fórum Administrativo – **Direito Público**, nº 58, Ano 5, mar/2001, p. 6556.

constantes na parte decisória, já a nova decisão altera, em certo aspecto, a anterior. E, quando se trata de suprir omissão, não poder sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos inova abertamente: é claro, claríssimo, que ela diz mais que a outra¹²¹.

Os efeitos modificativos/infringentes dos Embargos de Declaração, embora não contemplados expressamente pela norma processual, são hipótese excepcional, e tem ampla aceitabilidade nos Tribunais pátrios, e também pelo Supremo Tribunal Federal.

Na visão de Bernardo Pimentel a possibilidade está implícita no artigo 463, **caput** e inciso II, do Código de Processo Civil, porquanto a regra apresenta óbice à alteração de sentença já publicada pelo julgador, salvo a interposição de Embargos de Declaração¹²².

É interessante notar, por conseguinte, que os Embargos de Declaração visam meramente a complementação do julgado, entretanto, na hipótese de reconhecida omissão “será capaz de surtir, de forma secundária, efeito modificativo ou infringente, pois, na correção do vício de forma (ligado a cronologia decisória), reabrir-se-á o julgamento, com o seu acerto temporal”¹²³.

Tal efeito decorre, na verdade, de falta cometida pelo Tribunal “em razão de atropelo dos momentos decisórios e das questões que deveriam ter sido verificadas pelo Estado-juíz, e que, por terem sido desprezadas, obrigam a retomada da correta cronologia.”¹²⁴ Ou seja

(...) é que da existência de *error in procedendo* (omissão de questão que deveria ter sido examinada no julgamento) que irá decorrer o reclame por um exame de conteúdo (*error in judicando*) quanto à matéria não decidida

¹²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; arts 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 553.

¹²² SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p. 514.

¹²³ MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração e a omissão indireta (Matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Rio de Janeiro. **Revista Forense**, Vol. 399, Ano 104, set-out/2008, p. 164-165.

¹²⁴ MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração e a omissão indireta (Matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Rio de Janeiro. **Revista Forense**, Vol. 399, Ano 104, set-out/2008, p. 165.

(ou mesmo não observada quando era dever de ofício (...)), ou omissão indireta.¹²⁵

Para J. E. Carreira Alvim, tal evolução quanto aos efeitos infringentes do Embargos Declaratórios configura verdadeira distorção ao sistema recursal. Nesse sentido afirma que “os embargos de declaração, que, em princípio eram apenas declaratórios, adquirindo com o passar do tempo caráter integrativo, e, mais tarde, o perfil de prequestionadores”¹²⁶.

Ao discorrer sobre o contexto em que os juízes e Tribunais passaram a aceitar os Embargos modificativos, o Doutrinador assevera que “a pretexto de ter havido teratologia no julgamento, a maioria dos embargos com esse perfil objetivam alterar a própria essência (substância) do julgado imprimindo-lhe o perfil de verdadeira ‘segunda apelação’”.¹²⁷ Para ele a admissão da modalidade culmina em desvirtuamento dos declaratórios.¹²⁸

A despeito da posição contrária à atribuição de efeitos modificativos do julgado por meio de Embargos de Declaração, a rigor, tais efeitos são constantemente acolhidos pelos Tribunais, e em alguns casos são um efeito secundário e necessário ante a constatação do erro formal apontado.

¹²⁵ MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração e a omissão indireta (Matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Rio de Janeiro. **Revista Forense**, Vol. 399, Ano 104, set-out/2008, p. 165.

¹²⁶ ALVIN, J. E. Carreira. **Diversas Faces dos embargos de declaração**. Revista de processo, nº 130, Ano 30, dez/2005, p. 11.

¹²⁷ ALVIN, J. E. Carreira. **Diversas Faces dos embargos de declaração**. Revista de processo, nº 130, Ano 30, dez/2005, p. 13.

¹²⁸ ALVIN, J. E. Carreira. **Diversas Faces dos embargos de declaração**. Revista de processo, nº 130, Ano 30, dez/2005, p. 13.

2 OS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDOS DOS CASOS.

2.1 Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.791/PR.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.791¹²⁹ foi ajuizada pelo Governador do Estado do Paraná em face da Assembléia Legislativa do mesmo Estado, com o objetivo de ver reconhecida a inconstitucionalidade formal e material do parágrafo 1º, do artigo 34, da Lei Estadual nº 12.398/98 (alterado pela Lei Estadual nº 12.607 de 08.07.1999), em razão da expressão “bem como os não remunerados”, por ofensa ao disposto nos art. 61, parágrafo 1, artigo 63, I, e artigo 40, caput, todos da Carta Constitucional.

Segundo o Autor, a aludida expressão possibilitou que os serventuários de justiça não remunerados pelo erário paranaense fossem inscritos no regime próprio dos servidores de previdência dos servidores públicos estaduais de cargo efetivo, o que acarretaria aumento da despesa pública e violaria o caráter contra prestativo do próprio sistema.

O Governo do Estado do Paraná formulou os seguintes pedidos: 1) concessão de liminar, para suspender imediatamente a expressão “bem como os não remunerados”, e negar o benefício aos serventuários não remunerados pelo Estado; 2) o processamento da ação; 3) o provimento integral da ação,

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, p. 95.

reconhecendo-se a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 34, in fine, da Lei Estadual nº 12.398/98, alterado pela Lei Estadual nº 12.607 de 08.07.1999¹³⁰.

O Relator, Min. Gilmar Mendes, adotou o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, determinando a intimação da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná, e a remessa dos autos ao Advogado Geral da União e ao Procurador Geral da República.

Em suas informações, a Assembléia Legislativa do Estado do Paraná asseverou, em síntese, que não haveria *periculum in mora* aferível, uma vez que a lei objeto da ação estava em vigor por mais de dois anos quando proposta a ação, e defendeu a constitucionalidade da lei questionada¹³¹.

Advocacia Geral da União apresentou preliminares de impossibilidade jurídica do pedido de inconstitucionalidade formal e ausência de violação direta da Constituição, e no mérito, colacionou precedentes do STF a confirmar a tese da inconstitucionalidade¹³².

O Relator afastou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido¹³³ e também não acolheu a manifestação no sentido de que o pedido representaria ofensa reflexa à Constituição¹³⁴. Concluiu manifestando-se pela procedência da ação, no que foi acompanhado pela unanimidade dos membros da Corte, que acolheu a Ação Direta de Inconstitucionalidade, e declarou a incompatibilidade da

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, petição inicial acessível no sítio do STF, p. 22-23.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, manifestação acessível no sítio do STF, p. 110-114.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, manifestação acessível no sítio do STF, p. 117-125.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p. 525.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p. 526.

expressão contida no parágrafo 1º, do art. 34, da Lei nº 12.398, conforme a redação dada pela Lei nº 12.607/99 ¹³⁵.

A eficácia concreta da decisão de inconstitucionalidade da norma resultou na impossibilidade dos serventuários da justiça não remunerados pelo Estado do Paraná serem inscritos no mesmo regime previdenciário dos servidores remunerados pelos cofres públicos daquele Estado.

Entretanto, embora tenha obtido êxito na demanda, o Governador do Estado do Paraná interpôs Embargos Declaratórios¹³⁶, sob o fundamento de que o decisório omitiu-se quando aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Pugnou pelo reconhecimento da omissão e pela declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados *pro futuro*.

O caso em análise revela interessante peculiaridade, qual seja, a própria parte vencedora, cuja alegação de inconstitucionalidade foi acolhida, buscou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em prol daqueles cidadãos que seriam prejudicados pela reconhecida ausência de compatibilidade do dispositivo legal com o texto da Carta Política.

É preciso ressaltar, ainda, que o relato dos fatos e fundamentos da ADI nº 21791¹³⁷ revela que no transcorrer da aludida ação não foi suscitada a questão envolvendo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em outras palavras, em sua peça inicial Governador do Estado do Paraná nada falou sobre modulação dos efeitos, bem como nas informações prestadas pela Assembléia Legislativa do Estado do Paraná, ou nas manifestações da PGR e AGU não há registro de que tenha sido levantada a questão dos possíveis efeitos temperados da decisão de inconstitucionalidade.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p. 527-539.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, embargos declaratórios acessíveis no sítio do STF, p. 214-218.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09.

2.1.1 As razões suscitadas pelo Embargante.

O Embargante (Autor da ADI) asseverou que o acórdão não mencionou quais seriam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e demonstrou apenas implicitamente que ausência de manifestação expressa do acórdão acerca dos efeitos conduziria ao cabimento do recurso de Embargos de Declaração.

Em seguida, aduziu que a declaração de inconstitucionalidade “traz consigo conseqüências que comprometem a segurança jurídica das relações ocorridas durante o lapso temporal que a norma vigorou”¹³⁸, pois a norma declarada inconstitucional teria produzido efeitos por mais de sete anos, muitos serventúrios se aposentaram pelo regime estabelecido pela lei declarada inconstitucional e outros tantos já adquiriram o direito de se aposentar de boa-fé.

Ao transcrever trecho do voto do Ministro Carlos Velloso, o Embargante demonstrou que a declaração de inconstitucionalidade traz consigo conseqüências concretas que conduzem a violação de outros princípios constitucionalmente protegidos, e por isso, os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade devem ser expressamente delimitados. Mencionou precedentes (RE 442.683/RS e Pet-MC-segunda 2.859) em que o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da segurança jurídica utilizou a possibilidade conferida pelo artigo 27, da Lei nº 9.868, para limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*.

Em resumo, embora não tenha se ocupado em defender o cabimento dos Embargos de Declaração, o principal fundamento expedido pelo Recorrente diz respeito à necessidade da decisão de inconstitucionalidade definir sempre,

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, embargos declaratórios, p. 215.

O embargante, suscitou, ainda, a incidência ao caso do quanto decidido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Questão de Ordem na Medida Cautelar nº 189, segundo o qual, o art. 27 da Lei nº 9.868 seria norma meramente interpretativa, pois os critérios de segurança jurídica e excepcional interesse social “se revestem de base constitucional”.

expressamente, os efeitos da declaração, caso contrário incidirá em omissão, passível de solução pela via dos declaratórios.

Em adição, é preciso registrar também, que os Embargos de Declaração não enfrentam o problema da ausência do pedido de modulação de efeitos na inicial, ou por alguma das partes do processo.

Para o Embargante a solução da controvérsia acerca o cabimento dos Embargos de Declaração está assim resumida: a decisão deve dispor expressamente sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, caso contrário incidirá em omissão.

2.1.2 O acórdão: posições em conflito.

2.1.2.1 Voto do Relator: Ministro Gilmar Mendes.

Após o relatório, o Ministro Gilmar Mendes passou imediatamente a análise da questão foco do presente estudo de caso, qual seja, o cabimento dos Embargos de Declaração para suscitar a análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nesses termos:

Antes de tudo, cabe realçar o debate acerca do cabimento de embargos de declaração para explicitar que, em determinadas hipóteses, a decisão de inconstitucionalidade haveria de ter efeitos limitados ou restritos e não eficácia retroativa ou 'ex tunc'.¹³⁹

O Relator traçou um breve relato sobre decisões da Corte em que se debateu a admissibilidade dos declaratórios para fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e revelou que nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.498 e 2.728¹⁴⁰, os Embargos de Declaração sequer foram conhecidos. Noticiou

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09 – acórdão, p. 98.

¹⁴⁰ (...) *CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCEDÊNCIA DA PECHA*

que no caso dos Embargos de Declaração opostos na ADI nº 3.522 o recurso foi admitido, mas apenas para prestar esclarecimentos. Asseverou, entretanto, que a controvérsia merecia ser rediscutida.

O principal fundamento do Ministro Relator, em prol do cabimento dos Embargos de Declaração foi o seguinte:

Caso se entenda que o fundamento para a limitação dos efeitos é de índole constitucional e que, presentes os requisitos para declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos, não poderá Tribunal fazê-lo com eficácia 'ex tunc', afigura-se inevitável o acolhimento dos embargos de declaração nas hipóteses que de fato se configura uma omissão do Tribunal na apreciação dessas circunstâncias.¹⁴¹

Assim, segundo o Relator, sempre que a situação dos autos permitir que o Tribunal delibere sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deverá enfrentá-la *ex officio*, e, portanto, independente da existência de requerimento das partes, verificando a pertinência da modulação dos efeitos da decisão ao caso.

Amparou seu posicionamento nas lições de Rui Medeiros, para quem a ausência de definição quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não pode levar à conclusão de julgamento implícito sobre eles, sobretudo no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Para o mencionado constitucionalista é plenamente viável o reconhecimento posterior de situação que configure a existência de "sacrifício intolerável de outros interesses constitucionalmente protegidos"¹⁴², passível de imposição de limites à declaração de inconstitucionalidade.

DE INCONSTITUCIONAL - EFEITO - TERMO INICIAL - REGRA X EXCEÇÃO. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração da lei proclamada inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial distinto. EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - RETROATIVIDADE TOTAL. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência. (...) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2728. Relator MARCO AURÉLIO . Brasília, DF 19 out. 2006. DJ de 4.10.07, p. 516.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p.99.

¹⁴² MEREIROS, Rui, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p.100.

Seguindo esse entendimento, o Ministro Gilmar afirmou que em algumas situações a modulação de efeitos decorre de “imposição” da Constituição, “daí a possibilidade, em tese, de que se reconheça a omissão no âmbito nos Embargos de Declaração para os fins de explicitar a necessária limitação da decisão de inconstitucionalidade.”¹⁴³, e decidiu pelo conhecimento dos Embargos.

Mais adiante, por ocasião dos debates, mais uma vez inspirado na doutrina de Rui Medeiros, o Ministro Relator afirmou que a omissão é imputável ao Tribunal, e assim definiu o problema:

Vamos dizer que o Tribunal de omite, por desconhecimento ou qualquer outro fator, ou porque não houve pedido em relação a isso. A questão básica é: pode haver essa impugnação em embargos de declaração? Eu estou dizendo: sim, é possível que o tribunal venha a se pronunciar sobre esse tema nessa altura. Porque? Porque ainda há oportunidade para fazê-lo, desde que haja oito votos nesse sentido, tal como estabelecido no artigo 28. Então, é essa oposição que estou submetendo ao Tribunal¹⁴⁴.

Portanto, para o Relator, a técnica de modulação de efeitos da decisão independe da existência de pedido dos litigantes, pois seria uma consequência atinente à própria declaração de inconstitucionalidade, devendo o Tribunal reconhecer a possibilidade de limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ainda quando invocado somente no âmbito dos Embargos de Declaração.

Por fim, ultrapassada a questão do cabimento dos declaratórios, o Relator deu provimento aos Embargos, modulando os efeitos da decisão, para declarar a inconstitucionalidade com efeito retroativo, ressaltando os benefícios previdenciários já concedidos e adquiridos, com vistas a preservação as situações jurídicas consolidadas.

Reconheceu que a regra prescrita pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99 prescreve a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para situações excepcionais, no caso, deveria prevalecer a segurança jurídica “capaz de sobrepujar

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p.100.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p. 107.

o próprio postulado da nulidade absoluta da lei inconstitucional”¹⁴⁵. Mas reafirmou que o Princípio da Nulidade continua a ser a regra no sistema de controle de constitucionalidade nacional.

O Relator foi acompanhado pelos Ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau.

2.1.2.2 Os votos divergentes e seus fundamentos.

De outro lado, os Ministros Menezes Direito, Carlos Brito, Carmem Lúcia, Ricardo Lewndowisk, Joaquim , Marco Aurélio e Celso de Mello, entendem que se a parte não pugnou pela modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em sua peça vestibular, ou inexistente expressa indicação no acórdão, não há omissão passível de configuração da situação que ensejaria o cabimento dos Embargos de Declaração.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito seguiu orientação, que segundo ele, já havia sido firmada pela Corte no acórdão dos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.996¹⁴⁶, no qual decidiu-se, ao contrário da tese de Rui Medeiros, que o silêncio do Tribunal representa sim a incidência da regra geral, qual seja, aplicação dos efeitos *ex tunc*.¹⁴⁷ No mesmo sentido, apontou ainda os acórdãos das ADI's nº 2.827 e nº 2.840.¹⁴⁸

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p.102.

¹⁴⁶ . “EMENTA: I. Embargos de declaração: pretensão incabível de incidência, no caso, do art. 27 da LADIn. Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn - admitida por ora a sua constitucionalidade - não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos *ex tunc*, desde a vigência da lei inválida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2996. Relator SEPÚLVEDA PERTENCE. Brasília, DF 14 dez. 06. DJ de 16.3.07, p. 263.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p.109.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2840. Relatora ELLEN GRACIE. Brasília, DF 17 nov. 05. DJ de 9.12.05, p. 05.

Por conseguinte, ressaltou: “esse é um julgamento importante, porque estamos estabelecendo a possibilidade de, por via de embargos declaratórios, mesmo inexistindo omissão, no que concerne à modulação dos efeitos apreciar.”¹⁴⁹

Dessa forma, o Ministro Menezes Direito instaurou a divergência por entender que “se não houve nas iniciais das ações diretas de inconstitucionalidade que são objeto de embargos de declaração pedido nesse sentido, não cabe indicar omissão”¹⁵⁰, motivo pelo qual, conheceu os Embargos de Declaração, por entender que devem ser conhecidos desde que tempestivos, mas os rejeitou por ausência da apontada omissão.

A Ministra Carmen Lúcia, acompanhou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e destacou que a questão não envolve apenas o tempo, mas ao próprio objeto da decisão. Ressaltou que recurso de Embargos de Declaração possui um tratamento processual específico, para os casos de omissão, obscuridade e contradição e entendeu que se não houve pedido não há que se falar em omissão.

Do voto da Ministra Carmen Lúcia, vale destacar que a seu ver “o pedido poderia até ficar subentendido ou o próprio Tribunal poderia se pronunciar nas oportunidades em que a parte fala, ainda que por sustentação ou por memorial”¹⁵¹.

Ainda em sede de debates, o Ministro Ricardo Lewandowski bem delineou a questão, ao afirmar: “o problema aqui é o seguinte: se a matéria não foi ventilada na inicial e se o Plenário que tinha a faculdade de fazê-lo, silenciou-se sobre o tema, é possível haver uma inovação em sede de embargos e se introduzir o tema nesta sede?” Ao responder a essa indagação, o Ministro Ricardo Lewandowski votou no sentido de conhecer os Embargos de Declaração, mas os rejeitá-los por ausência de omissão¹⁵².

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p.110.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p.110.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p.110.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p.114 e 117.

Para o Ministro Marco Aurélio a procedência do recurso depende do reconhecimento, pelo Tribunal, do vício apontado pelo Recorrente. Afirmou que o caso não seria “favorável”¹⁵³ à modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, porque no julgamento da ação direta o Tribunal foi unânime quanto ao reconhecimento da inconstitucionalidade da norma questionada. Segundo ele, o resultado demonstrou que o vício era “gritante”. Argumentou ainda que o contexto no qual se inseriu a declaração de inconstitucionalidade impôs que não fossem limitados de efeitos da decisão, tendo ao final assentado:

(...)não procede o vício da omissão. Decidimos a matéria e a inconstitucionalidade foi proclamada com eficácia retroativa, o que aliás é a regra. (...) A entender de forma direta, terei que todos os acórdãos do Tribunal, nesses anos relativos à vigência da lei que previu a modulação, desafiam embargos declaratórios, porque proclamamos a inconstitucionalidade e o fizemos com eficácia *ex tunc* implícita.¹⁵⁴

Portanto, segundo o entendimento do Ministro Marco Aurélio, no caso não haveria que se falar em omissão, pois quanto do Tribunal não se manifesta está a aplicar a regra geral, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, o faz de forma implícita.

2.1.2.3 O resultado do julgamento.

Portanto, após os debates, prevaleceu a divergência suscitada pelo Ministro Menezes Direito, e o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade conheceu dos Embargos Declaratórios, e por maioria os rejeitou, ficando vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Eros Grau e o Ministro Cezar Peluso.

2.2 O acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p.120.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p.121.

A ADI foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT, com fundamento do artigo 102, inciso I, alíneas “a” e “p” e artigo 103, inciso IV da Constituição Republicana, e nos termos da Lei n. 9.868/1999, com objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei do Estado da Bahia n. 7.619/2000, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães¹⁵⁵.

Segundo as razões apresentadas pelo Autor, a Lei impugnada não observou os requisitos para a criação de municípios, a teor do que estabelecido no parágrafo 4º do artigo 18 da Constituição Federal (alterado pela Emenda Constitucional n. 15/96), e alegou, em síntese: 1) ausência de lei complementar federal para definir o período em que os municípios poderiam ser criados; 2) irregularidade na realização de plebiscito, uma vez que apenas a população do Distrito que estava sendo desmembrado foi consultada, e não toda a população envolvida¹⁵⁶.

Nesse contexto, o Partido dos Trabalhadores formulou pedido para a concessão de medida liminar a fim de “sustar a eficácia”¹⁵⁷ da norma questionada, e por fim, a declaração de inconstitucionalidade de Lei do Estado da Bahia n. 7.619/2000.

O Governador e a Assembléia Legislativa do Estado da Bahia defenderam a constitucionalidade da Lei do Estado da Bahia n. 7.619/2000, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães.¹⁵⁸

O Advogado Geral da União e o Procurador-Geral da República manifestaram-se pela procedência da ação. Defendem, igualmente, que a Lei n. 7.619/2000 não atendeu as condições impostas pelo parágrafo 4º do artigo 18 de

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, p. 279.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, petição inicial disponível no sitio do STF, p. 1-12.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, petição inicial disponível no sitio do STF, p.12.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 284.

Constituição Federal quando criou o Município, e por isso deveria ser reconhecida sua inconstitucionalidade ¹⁵⁹.

Não há registro no acórdão de pedido formulado pelas partes, ou qualquer menção nas manifestações dos envolvidos, pela invocação da incidência ao caso do preceito contido no artigo 27, da Lei n. 9.868/99.

2.2.1 A situação jurídica excepcional e o voto do Ministro Eros Grau.

O Ministro Eros Grau, relator da Ação Direta de Constitucionalidade em análise, entendeu, fundamentalmente, que a solução para a questão apresentada exigiria que a Corte, em sua missão de concretização da Constituição e diante da situação de exceção como a que lhe foi apresentada, superasse as barreiras formais, inclusive desaplicando a norma, para colocar uma realidade inconstitucional em concordância com a Constituição ¹⁶⁰.

Em seu voto, acentuou o seguinte:

(...) Ocorre que o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as conseqüências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade.

(...)

Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política.

Em boa fé nutrida inclusive por este Tribunal, visto que a lei estadual é de 30 de março de 2.000 e a Corte poderia em julho do mesmo ano, quatro meses após, ter determinado a suspensão dos seus efeitos. Não o tendo feito, permitiu a consolidação da situação de exceção que a existência concreta do município caracteriza.

(...)

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 286.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 288.

O Município de Luís Eduardo Magalhães existe, é verdade, em confronto com o dispositivo do Parágrafo 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil (...)¹⁶¹

Após tais considerações, com base no princípio da segurança jurídica, e em razão da proteção à confiança, afirmou que deve prevalecer a “força normativa dos fatos”¹⁶².

Estabeleceu um traço comparativo entre a situação extraordinária dos autos e a hipótese prevista no artigo 1.561 do novo Código Civil, que fixa exceção quanto aos efeitos jurídicos do casamento putativo.

O Ministro Eros Grau destacou, ainda, que inconstitucionalidade gerada pela ausência de lei complementar decorre de omissão do Congresso Nacional, e a “não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional.”¹⁶³.

Dessa forma, concluiu pela improcedência da ação, porquanto a realidade constituída com a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães não pode ser desfeita, e a anulação dos efeitos concretos resultaria em violação ainda mais grave à ordem constitucional, pelas graves conseqüências concretas decorrentes e por afronta ao princípio federativo.¹⁶⁴

2.2.2 A solução indicada no voto do Ministro Gilmar Mendes: Eficácia pró-futuro.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 288-289 e p.297.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 292.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 296.

¹⁶⁴ Vale destacar também a seguinte passagem do voto do Ministro Eros Grau: “Não podemos fingir que o Município de Luís não existe, de modo que a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual seria vã. Pois é certo que dela, declaração de inconstitucionalidade da lei estadual, não decorreria declaração de inconstitucionalidade institucional do Município de Luís Eduardo Magalhães. Eppur si muove. Não é Possível anularmos a decisão política de caráter institucional sem desabrida agressão ao princípio federativo. Criado o Município, passou a existir e agir como ente da federação. Trata-se de um fato. Não se anulam fatos. (...)”.BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 300.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou, de início, que lhe impressionou a solução apontada pelo Ministro Eros Grau¹⁶⁵. Reconheceu que o caso dos autos consubstancia uma realidade fática não pode ser ignorada pelo Tribunal, no entanto, segundo ele, também não se pode deixar de aplicar o princípio da nulidade da norma inconstitucional, sobretudo porquanto em outros tantos casos o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de leis estaduais que criaram municípios por ausência da lei complementar prevista no parágrafo 4º do artigo 18 da Constituição Federal.¹⁶⁶

Apontou, dessa forma, que é possível conciliar o princípio da segurança jurídica e o da Nulidade, utilizando as técnicas no controle de constitucionalidade que não se limitam à decisão de mera improcedência da ação, o que significa, em termos práticos, a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade¹⁶⁷.

Inicialmente, ressaltou que no sistema norte americano, matriz do sistema constitucional brasileiro, a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é admitida e aplicada caso a caso, não havendo impedimentos à mitigação dos efeitos, uma vez que a Constituição nada diz sobre o assunto. Anotou que nos Estados Unidos a questão é tida como uma opção de política judiciária¹⁶⁸.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 310.

¹⁶⁶ Nesse sentido, merece transcrição do Voto do Ministro Gilmar Mendes, na parte em que consigna, o seguinte: *“O Tribunal tem entendimento assentado no sentido de que o art. 18, § 4º, da Constituição da República, com a redação determinada pela EC nº 15/96, é norma de eficácia limitada, dependente, portanto, da atuação legislativa no sentido da feitura da lei complementar nele referida para produzir plenos efeitos. Ainda que despida de eficácia plena, entende-se que tal norma constitucional tem o condão de inviabilizar a instauração de processos tendentes à criação de novas municipalidades, até o advento da referida lei complementar. Esse é um dado que deve ser devidamente equacionado. O princípio da nulidade da lei inconstitucional também tem um peso elevado no caso, o que torna inevitável o recurso à técnica da ponderação.”* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 312.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 313.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 314-315.

Destacou, ainda, a presença do instituto no ordenamento português, expresso na própria Constituição, cuja razão de ser é a necessidade de mitigar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade a fim de evitar as conseqüências indesejáveis dela decorrentes. Na opinião de Jorge Miranda, transcrita em seu voto, o instituto seria “uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização”¹⁶⁹. Ressaltou que no direito português o instituto confere ao Tribunal margem de discricionariedade, condicionada pelo princípio da proporcionalidade (compreendendo adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)¹⁷⁰.

Mencionou também que o Tribunal Constitucional Espanhol já proferiu decisões utilizando a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, para ressaltar que a restrição dos efeitos das decisões em controle de constitucionalidade é uma “tendência”, no direito comparado¹⁷¹.

Acentuou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem admitindo a mitigação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sempre que a existência de um outro princípio justifique a não aplicação do princípio da nulidade. A não utilização do instrumento de modulação dos efeitos da inconstitucionalidade ocasionaria situação em que o Tribunal não reconheceria a incompatibilidade da norma para fugir das conseqüências decorrentes da nulidade¹⁷².

Assim, para solucionar o conflito entre princípios constitucionalmente protegidos, sugeriu a realização do exercício de ponderação de valores, aplicando-se a técnica prevista no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, sem, contudo, afastar completamente da doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, e concluiu aduzindo o seguinte ¹⁷³:

¹⁶⁹ Jorge Miranda *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 316.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 316-317.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 319.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 324 e 327-328.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 330.

No presente caso, o Tribunal tem a oportunidade de aplicar o art. 27 da Lei nº 8.868/99 em sua versão mais ampla. A declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade da lei instituidora de uma nova entidade federativa, o Município, constitui mais um dentre os acasos - como os anteriormente citados, retirados de exemplos do direito comparado - em que as conseqüências da decisão tomada pela Corte podem gerar um verdadeiro caos jurídico.

(...)

Assim sendo, voto no sentido de, aplicando o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, 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.

Portanto, no caso objeto do presente estudo, o Ministro Gilmar Mendes foi quem propôs a utilização do instituto previsto no artigo 27, da Lei n. 9.868/99, pois segundo ele, o Tribunal não poderia deixar de reconhecer a inconstitucionalidade da norma impugnada, no entanto, também não atenderia à vontade da Carta da República o desfazimento da situação jurídica consolidada decorrente da lei inconstitucional, e portanto, a solução seria a modulação de efeitos da decisão para preservar os efeitos da norma inconstitucional.

Por derradeiro, é preciso acentuar que, em sede de debates, o Ministro Gilmar Mendes destacou: “o artigo 27 é apenas uma cláusula de caráter interpretativo, porque se faz uma ponderação para os fins de se encontrar norma de organização e procedimento que viabilizasse esse tipo de pronunciamento”¹⁷⁴.

2.2.3 O resultado do julgamento.

O Ministro Sepúlveda Pertence votou em seguida e afirmou ser “plausível”¹⁷⁵ a hipótese proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, no que acompanhou o voto do Relator.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 347.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 332-334.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, à unanimidade julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido dos Trabalhadores, reconhecendo a inconstitucionalidade da Lei do Estado da Bahia n. 7.619/2000, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, e por maioria decidiu, não pronunciar a nulidade da norma, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro meses),¹⁷⁶ para que o legislador estadual possa “reapreciar o tem, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal”¹⁷⁷.

Ficou vencido o Ministro Marco Aurélio, para quem o processo não tem capa, e em se tratando de controle objetivo de constitucionalidade, a questão impunha decisão pela observância do artigo 18, § 4º, da Constituição da República, que não foi atendido no caso específico¹⁷⁸.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 348.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 330.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p. 338.

3 ANÁLISE COMPARATIVA DOS CASOS E A CONTROVÉRSIA ACERCA DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA SUSCITAR A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

3.1 Os elementos comuns e as conseqüências concretas dos casos analisados.

Conforme já consignado, na ADI nº 2.791/PR¹⁷⁹ o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei estadual foi acolhido sem qualquer manifestação da Corte julgadora acerca dos efeitos concretos da mencionada decisão.

É possível afirmar que a ausência de ponderações sobre a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade decorreu diretamente da inexistência de manifestações pelas partes e interessados demonstrando as conseqüências práticas da nulidade da norma, pois da leitura das alegações apresentadas¹⁸⁰ constata-se que foram abordados exclusivamente dos elementos formais e abstratos.

Daí porque, o pedido de modulação de efeitos surge somente em sede de Embargos de Declaração, pois é com a pronúncia da nulidade que se percebe que a implementação da decisão atingirá muitos serventuários que já adquiriram o direito a se aposentar pelo regime tido por inconstitucional e contribuíram de boa-fé para ele.

Não obstante a demonstração do abalo às situações jurídicas consolidadas, e à própria segurança jurídica, a Corte sequer avaliou tais alegações, e decidiu ser inviável alterar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade pela via dos Embargos

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09.

¹⁸⁰ O estudo dos casos e das manifestações apresentadas levou em consideração os documentos disponibilizados no sítio do Supremo Tribunal Federal.

de Declaração, sobretudo pela ausência de pedido nesse sentido no decorrer da ação.

De outra sorte, no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA¹⁸¹, em que também houve impugnação de lei estadual por ausência de compatibilidade vertical da norma com o texto constitucional e não foi formulado pedido de modulação dos efeitos, o resultado foi diverso.

No julgamento da ADI nº 2.240/BA¹⁸² prevaleceu a necessidade de se resguardar a segurança jurídica e a boa-fé daqueles que seriam atingidos pela sentença de inconstitucionalidade, e ante a situação excepcional e concreta que foi consolidada pela norma declarada nula, foram temperados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A solução pela modulação dos efeitos na ADI nº 2.240/BA¹⁸³ surgiu no voto vista do Ministro Gilmar Mendes, independentemente de pedidos das partes e interessados.

Nesse passo, vale ressaltar, quanto aos precedentes analisados, os seguintes aspectos comuns: 1) não foi formulado pedido de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e; 2) a declaração de inconstitucionalidade geraria resultado lesivo a situações jurídicas consolidadas pela norma inconstitucional. Mesmo possuindo elementos comuns, das duas ações não tiveram o mesmo destino.

Na ADI nº 2.240/BA¹⁸⁴ a aplicação do instituto foi motivada pela “força normativa dos fatos”, ou seja, as conseqüências fáticas foram sopesadas pelos membros do Supremo Tribunal Federal, sendo o fator determinante na ponderação

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07.

entre o princípio da nulidade e a segurança jurídica, fatos esses que conduziram ao acolhimento da tese da modulação dos efeitos, trazidos no voto-vista.

Enquanto no ADI nº 2.791/PR¹⁸⁵, o dispositivo legal foi avaliado apenas no plano normativo, e por isso não se cogitou a alteração dos efeitos da decisão. Esse aspecto somente foi suscitado pela via dos declaratórios, os quais restaram rejeitados em razão do entendimento no sentido de que se não foi formulado pedido incidirem automaticamente os efeitos tradicionais – *ex tunc*, razão pela qual não haveria omissão.

Nessa esteira, o caso trazido para o confronto com a ADI nº 2.791/PR¹⁸⁶, tem relevância e pertinência com problema em análise, sobretudo porque, antes do Ministro Gilmar Mendes apresentar a solução da alteração dos efeitos tradicionais da decisão, o Tribunal caminhava no sentido de julgar improcedente a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade para evitar a desconstituição da realidade consolidada com base na norma inconstitucional.

Ou seja, na ADI nº 2.210/BA¹⁸⁷ o Relator reconheceu expressamente que a norma impugnada estava eivada de inconstitucionalidade, pois em confronto com o § 4º do artigo 18 da Constituição, e nessa condição a criação do Município seria inconstitucional, mas, no entanto, em prol da segurança jurídica, da boa-fé dos que praticaram atos acreditando que norma seria constitucional, bem como pela da força normativa dos fatos e pelo princípio federativo, manteve a existência válida do Município e votou pela improcedência da ação.

É preciso salientar, também, que antes do julgamento da ADI nº 2.210/BA¹⁸⁸, o entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era pela inconstitucionalidade das leis estaduais criadas em descompasso com o § 4º do artigo 18 da Constituição.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07.

Sobreveio, então, o voto vista do Ministro Gilmar Mendes, o qual consignou que a solução da mera improcedência da ação não seria a mais acertada, pois

(...) seria como se o Tribunal, focando toda a sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem ser desfeitas, e portanto reconhecendo plena aplicabilidade do princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional.¹⁸⁹

Asseverou que a melhor saída seria equacionar os princípios em confronto, utilizando o instituto jurídico consagrado no artigo 27, da Lei nº 9.868/99, mediante a modulação dos efeitos da decisão, à exemplo do que já ocorre nos sistemas constitucionais de outros países, como Portugal, Espanha, Estados Unidos e Alemanha, mesmo sem pedido formulado pelas partes.

A análise e comparação dos casos revela que a utilização da técnica da modulação de efeitos faz com que elementos concretos sejam a razão de decidir para a adoção de efeitos diferenciados da decisão de inconstitucionalidade, ou seja, em que pese o controle concentrado seja voltado à verificação da constitucionalidade da norma em tese, e não no âmbito de uma demanda subjetiva, ao afastar o princípio da nulidade, o Supremo Tribunal Federal está a observar os efeitos subjetivos e concretos decorrentes de sua decisão.

3.2 A modulação dos efeitos como realização da vontade constitucional é inerente ao sistema ou faculdade do julgador?

A fórmula instituída pelo artigo 27, da Lei nº 9.868/99, autoriza o Supremo Tribunal Federal a alterar os efeitos tradicionais da decisão de inconstitucionalidade por razões segurança jurídica ou e excepcional interesse social, ao fundamento de que em algumas hipóteses a declaração de nulidade da norma poderá conduzir a

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão, p.311.

resultado que represente maior afronta ao texto constitucional do que a manutenção de efeitos pretéritos da norma nula.

Conforme leciona Teori Albino Zavascki, o quadro fático que justifica a incidência do instituto é

(...) de um manifesto conflito de valores constitucionais de uma mesma hierarquia: de um lado a nulidade do ato; de outro o sério comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tendo de dirimi-lo, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera mais relevante na situação em causa, ainda que importe a manutenção de atos ou situações formados com base em lei que se pressupunha válida, mas era nula.¹⁹⁰

Em adição, vale transcrever o ponto de vista do Ministro Carlos Britto, que, acerca da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, assentou:

Explico: 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 rigidez da Constituição Federal. Mas há casos em que tal extirpação normativa é também agressora da própria Constituição da República. (...) O que tem levado esta Suprema Corte a, num juízo de ponderação 'retrabalhar' os efeitos de certas declarações de inconstitucionalidade¹⁹¹

Assim, se a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem como principal fundamento evitar que a nova situação, decorrente da declaração de nulidade lei impugnada, cause maior violação ao texto constitucional do que a manutenção dos efeitos da norma inconstitucional já existentes, surge a seguinte indagação: a ponderação sobre a pertinência ou não da aplicação da técnica limitação dos efeitos é inerente à própria declaração de inconstitucionalidade?

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle abstrato de normas, tem o dever constitucional ou apenas a faculdade, acaso seja formulado pedido nesse sentido, de verificar se a anulação de uma norma que se apresenta formalmente ou materialmente incompatível com a Constituição causará

¹⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.50.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82959. Relator MARCO AURÉLIO. Brasília, DF 23 fev. 06. DJ de 1.9.06, p. 795.

sacrifício ainda maior a outros interesses constitucionalmente protegidos, e com isso modular de ofício os efeitos da decisão.

A resposta a essa questão foi apresentada por Gilmar Mendes no julgamento dos Embargos de Declaração na ADI nº 2.791/PR¹⁹², ao defender que, sempre que a situação dos autos for propícia, ou seja, havendo embate de princípios, o Tribunal deverá deliberar sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade *ex ofício*, independente da existência de requerimento das partes, verificando a pertinência da modulação dos efeitos da decisão ao caso.

Isso porque, para Gilmar Mendes a modulação de efeitos decorre de “imposição” da Carta da República. Assim, segundo ele, a técnica seria uma consequência atinente à própria declaração de inconstitucionalidade, devendo o Tribunal reconhecer a possibilidade de limitar os efeitos da prolação da inconstitucionalidade, ainda quando invocada somente no âmbito dos Embargos de Declaração, por se tratar de obrigação imposta ao Tribunal. Nesse sentido, desenvolve a seguinte premissa:

(...) nas hipóteses em que se reconheça que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos seria uma imposição da própria Constituição, não se atribuiria valor definitivo a uma eventual omissão por parte do Tribunal¹⁹³.

As lições de Teori Albino Zavasck e Carlos Britto trazidas no início deste tópico parecem induzir a mesma conclusão apresentada por Gilmar Mendes, pois ambos apontam como responsabilidade do Supremo Tribunal Federal a ponderação dos efeitos da decisão, como uma espécie de monitoramento das consequências de suas decisões.

Assim, reconhecido esse dever constitucional atribuído à Corte Maior em resguardar que a declaração de nulidade da norma não cause prejuízos ainda maiores à Carta Constitucional do que a manutenção do ato viciado, é possível

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09.

afirmar que é inerente ao julgamento abstrato da norma a definição expressa quanto aos seus efeitos.

Aliás, a esse respeito, merecem destaque as considerações de Rui Medeiros transcritas no voto proferido por Gilmar Mendes na ADI nº 2.791/PR, porquanto, segundo ele, em se tratando de controle abstrato de normas, cuja eficácia obrigatória é *erga omnes*, “o puro silêncio do Tribunal Constitucional não contém um julgamento implícito sobre a admissibilidade ou não da limitação dos efeitos da declaração”¹⁹⁴.

E mais, em decorrência das peculiaridades do controle abstrato de normas, Rui Medeiros assevera que não haveria óbice jurídico para o reconhecimento posterior de situação que ensejaria a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, pois “manda o princípio da proporcionalidade que se admita a superveniente limitação de efeitos”¹⁹⁵.

A propósito, o estudo das características do controle concentrado de normas (tópico 1.1) permite trazer, em favor da tese defendida por Gilmar Mendes e Rui Medeiros, o princípio da indisponibilidade do processo de controle abstrato de normas, disciplinado nos artigos 5º e 16, da Lei nº 9.868/99. Segundo o aludido princípio, se o processo é instaurado com o objetivo específico de impugnar o ato inconstitucional, reveste-se de interesse público que impede a desistência da ação pelo próprio Autor.

A impossibilidade da desistência da ação decorre das próprias características do controle abstrato de normas, conforme explicou Celso de Mello:

O exercício da jurisdição constitucional concentrada desta Suprema Corte, por isso mesmo, não pode ficar condicionado – e muito menos frustrado – por razões que, invocadas pelo Autor, nem sempre se identificam com a

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p. 100.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p. 100.

necessidade, imposta pelo interesse público, de ver excluídas do ordenamento jurídico as normas eivadas de inconstitucionalidade¹⁹⁶.

Com efeito, se a premissa que norteia o controle abstrato, quanto a necessidade de averiguação da compatibilidade vertical de uma determinada norma com a Carta Maior é a do interesse público, tal premissa deve ser observada, na mesma medida, no que concerne a questão manipulação dos efeitos da decisão, porquanto também não poderiam ficar estritamente vinculadas aos pedidos, ou iniciativa dos envolvidos.

Ora, se a as partes não podem desistir da Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta, porquanto uma vez instaurado do processo de controle o Tribunal está compelido a realizar a avaliação da norma, tendo em vista a prevalência do interesse público, por essa mesma razão, não poderia a mitigação da nulidade estar sujeita unicamente à existência de pedido, mas sim, à necessidade de ponderação dos valores em conflito.

Aliás, o conceito de interesse público, como um dos fundamentos ensejadores da modulação de efeitos, foi expressamente previsto na Constituição portuguesa, conforme salientado por Gilmar Mendes no voto que proferiu na ADI nº 2.210/BA, e tem por finalidade “abarcando interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis nas noções de segurança jurídica e de equidade”¹⁹⁷.

Tendo em vista o interesse público e a abrangência das decisões em controle abstrato, a realização da ponderação de valores não pode ser afastada da apreciação do STF pela ausência de requerimento, mesmo reconhecendo-se, como ocorreu no julgamento ADI nº 2.791/PR¹⁹⁸, que não foram levantadas as consequências práticas da decisão de inconstitucionalidade ensejadoras da excepcionalidade que seria suficiente para a alteração dos efeitos tradicionais.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI MC nº 892. Relator CELSO DE MELLO. Brasília, DF 27 out. 94. DJ de 7.11.97, p. 57.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI MC nº 2210. Relator SEPÚLVEDA PERTENCE. Brasília, DF 28 set. 00. DJ de 24.5.02, p. 279.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p. 100.

A demonstração da excepcionalidade que atrairia alteração das conseqüências tradicionais do controle abstrato, e que apenas foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal após a interposição de Embargos de Declaração, é suficiente para provocar a manifestação do Tribunal, justamente porque, como já se afirmou, é inerente ao sistema de controle de constitucionalidade a preocupação com a eficácia das decisões dele decorrentes.

Do contrário, ou seja, se não se observar as conseqüências de seus pronunciamentos, o controle sobre a constitucionalidade das normas não estará cumprindo os fins aos quais se destina, e ao invés de concretizar a Constituição, retirando do ordenamento jurídico as normas com ela incompatíveis, terminará por criar outras inconstitucionalidades.

3.3 A decisão pela inviabilidade dos Embargos de Declaração para suscitar a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Em razão da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade ser instituto de índole puramente constitucional, e que visa resguardar a supremacia da Carta Maior, Gilmar Mendes afirmou: “daí a possibilidade, em tese de que se reconheça a omissão no âmbito nos embargos de declaração para os fins de explicitar a necessária limitação da decisão de inconstitucionalidade”¹⁹⁹.

Os Embargos de Declaração são a única via recursal cabível em face das decisões proferidas no âmbito do controle concentrado de normas, nos termos do artigo 26, da Lei nº 9.868/99.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, acórdão, p. 100.

A teor do que ficou assentado no tópico 1.3, as hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração estão restritas aos defeitos formais previstos no artigo 535, do CPC²⁰⁰, são eles: omissão, contradição e obscuridade.

Em direito, considera-se que o decisório é omissivo quando “deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas por qualquer das partes ou examináveis de ofício”²⁰¹, porquanto a “sentença deve acolher ou rejeitar no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor (...)”²⁰².

Nota-se, portanto, que a omissão aferível nos Embargos de Declaração poderá decorrer tanto da ausência de análise de pontos suscitados pelos litigantes, quanto das questões que deveriam ter sido resolvidas de ofício pelo julgador.

Nos declaratórios aviados pelo Governador do Estado do Paraná em face da decisão que julgou procedente a ADI nº 2.791/PR, o Embargante alegou que a Corte Superior incidiu em omissão quanto à explicitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, pois nada foi consignado no acórdão a esse respeito.

Entretanto, para os Ministros Menezes Direito, Carlos Brito, Carmem Lúcia, Ricardo Lewndowisk, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, se a parte não pugnou pela modulação dos efeitos da decisão em sua peça vestibular, ou inexistiu expressa indicação no acórdão, não haveria omissão passível de configuração da situação que ensejaria o cabimento do mencionado recurso.

Dessa forma, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal aderiu a tese contrária à que foi defendida por Gilmar Mendes, e firmaram que o silêncio do Tribunal representa sim a incidência da regra geral, qual seja, aplicação dos efeitos *ex tunc*.

²⁰⁰ MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração e a omissão indireta (Matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Rio de Janeiro. **Revista Forense**, Vol. 399, Ano 104, set-out/2008, p. 157.

²⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; arts 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 545.

²⁰² ALVIN, J. E. Carreira. Diversas Faces dos embargos de declaração. **Revista de processo**, nº 130, Ano 30, dez/2005, p. 12.

Para corroborar o entendimento no sentido de que a ausência de manifestação da Corte sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade conduziria à produção de efeitos *ex tunc*, foram mencionados os acórdãos proferidos no julgamento dos Embargos de Declaração na ADI nº 2.996 da Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence²⁰³, a ADI nº 2.827 da Relatoria do Ministro Marco Aurélio²⁰⁴, e na ADI nº 2.840 da Relatoria da Ministra Ellen Gracie .

Em todos os casos mencionados, os Embargos de Declaração foram rejeitados, sob o seguinte fundamento: se a regra no sistema constitucional pátrio prescreve que a lei inconstitucional será nula *ad inicio*, apenas se poderia cogitar a alegada omissão se houvesse pedido demonstrando a excepcionalidade capaz de afastá-la.

Preponderaram os pontos de vista estritamente técnicos, os quais vinculam a identificação da omissão à existência de pedido nas iniciais ou algum outro momento no decorrer do processo, de modo que os Embargos de Declaração seriam acolhidos tão somente se constatada a formulação de prévio requerimento por alguma das partes ou interessados.

Corroborando essa tese, a excepcionalidade da incidência dos efeitos temperados da decisão de inconstitucionalidade. Assim, se a essência do instituto

²⁰³ “*EMENTA: I. Embargos de declaração: pretensão incabível de incidência, no caso, do art. 27 da LADIn. Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn - admitida por ora a sua constitucionalidade - não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos ex tunc, desde a vigência da lei inválida. II. Embargos de declaração: ausência de omissão quanto à L. est. (SC) 3.812/66, que não foi atacada na ação direta nem o poderia ser, porque anterior à Constituição. (...)*”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2996. Relator SEPÚLVEDA PERTENCE. Brasília, DF 14 dez. 2006. DJ de 16.3.07, p. 263.

²⁰⁴ (...) *CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCEDÊNCIA DA PECHA DE INCONSTITUCIONAL - EFEITO - TERMO INICIAL - REGRA X EXCEÇÃO. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração da lei proclamada inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial distinto. EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - RETROATIVIDADE TOTAL. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência. (...)*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2728. Relator MARCO AURÉLIO . Brasília, DF 19 out. 2006. DJ de 4.10.07, p. 516.

da limitação dos efeitos das decisões exige que se esteja diante de situação excepcional, e se não ficar demonstrado no decorrer da ação que a hipótese demandaria solução diversa da eficácia retroativa, por certo, não o Tribunal não estará diante de um embate entre princípios constitucionais e não lhe será exigido que busque solução atípica.

Destarte, assim como os demais efeitos clássicos da fiscalização abstrata de normas, tais como o efeito vinculante e *erga omnes*, os efeitos *ex tunc* incidirão automaticamente, e, portanto, não haveria omissão imputável ao Tribunal, reconhecendo-se que são inerentes a declaração de inconstitucionalidade apenas os efeitos retroativos.

De outra sorte, e reconhecendo que o Tribunal poderá, independente de pedido das partes identificar excepcionalidade capaz de atrair a incidência do art. 27, da Lei nº 9.868/99, não tendo sido constatada a excepcionalidade durante julgamento da ação, levantada apenas em sede de Embargos de Declaração, prevalece o dever constitucional da Corte em apreciar pedido de limitação dos efeitos, ponderando os valores em jogo, e acolhendo a manifestação tardia, se necessário.

3.4 O paradoxo entre as soluções apresentadas nos casos analisados, a essência da modulação de efeitos e o cabimento dos Embargos Declaratórios.

É bem verdade, como já dizia Kelsen, que: *“na ausência de uma disposição clara na Constituição, todas as questões quanto ao efeito de uma lei inconstitucional podem receber respostas contraditórias”*.²⁰⁵

²⁰⁵ HANS, Kelsen. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 311.

A Carta da República de 1988 não define quais seriam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e também não dispõe acerca dos possíveis efeitos temperados, como fez a Constituição portuguesa, por exemplo.

Coube à doutrina e a jurisprudência a construção dos parâmetros posteriormente regulamentados pela Lei nº 9.868/99, que fixou a possibilidade de manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo como requisitos materiais os conceitos abertos representados pela segurança jurídica e pelo excepcional interesse social.

Consideradas essas e outras premissas até aqui delineadas, é possível afirmar que a construção jurisprudencial atual do Supremo Tribunal Federal, quanto da impossibilidade de que sejam suscitadas em sede de Embargos de Declaração razões conducentes à manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, exclusivamente em decorrência da ausência de pedido formulado pelas partes, é paradoxal.

Isso porque, se a Corte não condiciona a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade à existência de prévio pedido formulado pelas partes ou interessados, e se a alteração dos efeitos tradicionais tem como essência a necessidade de ponderação dos valores constitucionais em choque, é incongruente a exigência do pedido como condição inafastável para a avaliação posterior da necessidade de manutenção, em alguma medida, da norma tida como inexistente em razão de sua inconstitucionalidade.

O Tribunal não poderia esquivar-se da apreciação das alegações no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade causou efeitos não desejados pela Constituição, ainda mais graves que a própria manutenção da norma viciada, apenas porque suscitada em Embargos de Declaração e não houve pedido anterior nesse sentido. Vale ressaltar, não ser razoável exigir da parte a formulação de pedido se a própria Corte utiliza-se do instituto para solucionar as demandas abstratas independentemente de requerimento.

Ao impor tal óbice à análise posterior das possíveis inadequações e insuficiências decorrentes da pronúncia de nulidade o Supremo Tribunal Federal, certamente causa maior insegurança jurisdicional do que a decorrente da rejeição do recurso, especialmente diante a extensão dos efeitos das decisões em controle abstrato de normas.

Na verdade, os Embargos de Declaração exercem sim um papel supressor da omissão, pois a avaliação acerca da constitucionalidade da norma no plano estritamente formal não realizou a necessária ponderação quanto às realidades concretas afetadas pelos efeitos da sua nulidade, realidades essas que não poderiam ter sido ignoradas, uma vez que experimentarão prejuízos ainda maiores decorrentes do desfazimento dessas relações jurídicas consolidadas.

Existe segurança jurídica quando observadas as premissas claras e objetivas fixadas pelas normas e princípios, sobretudo quanto à sua aplicabilidade, conseqüências e efeitos. Dessa forma, “cabe ao direito garantir a manutenção de expectativas normativas”²⁰⁶ e “uma vez selecionada uma determinada expectativa pelo Direito, o princípio da segurança jurídica obsta que essa expectativa venha a ser alterada pelo próprio direito, o que desacreditaria suas estruturas.”²⁰⁷

Não é outra a posição de Roque Antônio Carraza:

(...) o princípio da segurança jurídica, com seu corolário de proteção da confiança submete o exercício do poder ao Direito, fazendo com que as pessoas possam prever, com relativa certeza, as conseqüências que advirão das situações jurídicas a que derem causa”²⁰⁸.

Na visão de Roque Antônio Carraza, a competência para fixar o momento a partir do qual terá eficácia a decisão de inconstitucionalidade não foi conferida ao Supremo Tribunal Federal pelo artigo 27, da Lei nº 9.868, mas é consentâneo do

²⁰⁶ VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa Julgada em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 61.

²⁰⁷ VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa Julgada em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 116.

²⁰⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007, p. 43

princípio da segurança jurídica²⁰⁹. Dessa forma, o aludido Doutrinador defende que em determinadas ocasiões, como no caso de alteração abrupta de sua jurisprudência, o STF teria o “poder/dever” utilizar a técnica da limitação dos efeitos da decisão²¹⁰.

As ponderações feitas por Roque Antônio Carraza são absolutamente pertinentes ao cerne da controvérsia objeto desse estudo, pois, se considerarmos a utilização das técnicas que permitem o temperamento dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade como se meramente normatizadas pelo artigo 27, da Lei nº 9.868/99, bem como, sendo tais possibilidades compreendidas como um “poder/dever” da Corte Maior, não há espaço para o entendimento pelo não acolhimento dos Embargos Declaratórios ante a ausência de pedido.

Ora, “o interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas”²¹¹, daí porque, não haverá preservação da segurança jurídica nas ocasiões em que somente após a declaração de inconstitucionalidade se perceber o prejuízo concretos a outros direitos constitucionalmente protegidos, e não se puder alterar essa realidade pois as partes não formularam requerimentos pugnado pela ponderação dos valores constitucionais que sequer imaginavam que poderiam ser atingidos.

As características do sistema abstrato de controle de constitucionalidade, denotam que a declaração de inconstitucionalidade não está voltada à resolução de demandas subjetivas. Essa via busca reconhecer a incompatibilidade das normas a Carta Magna, declarando-as inexistentes e extirpando completamente os efeitos por elas produzidos, também com fundamento na segurança jurídica, como mecanismo de preservação do fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico, a Constituição.

²⁰⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007, p. 65

²¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007, p. 65

²¹¹ HANS, Kelsen. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 311-312.

É certo que a dificuldade em aceitar a dosagem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade após a sua declaração é decorrente da abstração inerente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois como ressaltou o Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI nº 2.210/BA: “Estou aqui a julgar um processo objetivo. E vou repetir que, processo, para, para mim, não tem capa.”²¹²

De outro lado, a obrigação constitucional de avaliar as conseqüências nefastas do reconhecimento da nulidade de lei que vigeu por longos anos existe, ainda em sede de Embargos de Declaração, porque como afirmou Gilmar Mendes “ainda há oportunidade para fazê-lo, desde que haja oito votos”, e mesmo que não tenha sido previamente suscitada pelas partes.

Resta o embate entre a existência de um elemento formal (pedido formulado) e a demonstração de que o desfazimento dos efeitos produzidos pela norma, que vigorou por um longo período e presumia-se válida, feriu outros princípios constitucionalmente protegidos, tais como a boa-fé, a coisa julgada, moralidade, a razoabilidade.

A superação desse embate passou pela análise da outros dois aspectos. Em um primeiro momento, verificou-se que a existência de pedido não impede que STF module os efeitos de uma sentença de inconstitucionalidade. Com base nisso, e nas demais características do controle de constitucionalidade, concluiu-se, ainda, que é inerente ao julgamento em abstrato a realização de ponderação entre valores constitucionais em conflito.

Nesse contexto, a controvérsia é resolvida por adoção da coerência lógica e formal já mencionada, pois se a modulação de efeitos é inerente ao controle de constitucionalidade, não poderá a Corte Maior distanciar-se completamente das realidades subjetivas, e ignorar os Embargos Declaratórios sob pena de não estar realizando a vontade da Constituição.

²¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDEBRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, acórdão fl. 338.

CONCLUSÃO

Após a realização de um exame detido do sistema de controle de constitucionalidade nacional, com a avaliação das ações o compõe, seus objetivos, procedimento, características, e, sobretudo, compreendida a essência das decisões dele decorrentes, verifica-se que a amplitude dos pronunciamentos nesses processos constantemente ultrapassa os limites da controvérsia inicialmente instaurada, exigindo maior esforço do julgador para a concretização da vontade constitucional.

Isso porque, a pronúncia de nulidade atinge a norma desde o seu nascimento, e por isso considera-se que nunca existiu e não produziu efeitos válidos. No entanto, em algumas ocasiões, extirpar completamente do ordenamento a norma e seus efeitos pode configurar agressão ao texto constitucional. Daí a previsão normativa trazida pelo art. 27, da Lei nº 9.868/99, que contempla soluções alternativas à retroatividade.

No que diz respeito à aplicação das técnicas previstas no artigo 27 da Lei nº 9.686/99, é interessante notar, que a análise e comparação dos casos objeto do presente estudo revelou que a modulação é atraída pela avaliação das conseqüências concretas e subjetivas decorrentes do reconhecimento da nulidade da norma. Assim, em que pese o controle concentrado seja voltado à verificação da constitucionalidade da norma em tese, ao afastar o princípio da nulidade, o Supremo Tribunal Federal está a observar o resultado prático da inconstitucionalidade.

Contudo, o problema surge quando a demonstração da excepcionalidade que atrairia alteração das conseqüências tradicionais do controle abstrato apenas é apresentada ao Supremo Tribunal Federal após o julgamento da Ação Direta, por meio dos Embargos de Declaração - o único recurso cabível em face do acórdão que julgou a Ação Direta.

Os Embargos Declaratórios exercerão sim um papel supressor da omissão, pois a avaliação da norma no plano estritamente formal não realizou a necessária ponderação quanto às realidades concretas afetadas pela nulidade, realidades essas que não poderiam ter sido ignoradas, uma vez que experimentarão prejuízos ainda maiores decorrentes seu desfazimento.

É inevitável a imputação de omissão ao Tribunal, pois é ele o órgão designado pela própria Carta Magna para velar pela concretização de seus princípios. Se tais decisões estão a violar as disposições da Lei Maior, o Supremo Tribunal Federal tem o dever constitucional de avaliar se a anulação de uma norma, que se apresenta formalmente ou materialmente incompatível com a Constituição, não causará sacrifício ainda maior a outros interesses constitucionalmente protegidos, e com isso modular de ofício os efeitos da decisão.

Em verdade, o mecanismo que permite a modulação dos efeitos da decisão deve ser interpretado pelo Supremo Tribunal Federal como uma espécie de monitoramento das conseqüências de suas decisões.

Aliás, se as partes não podem desistir da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo em vista a prevalência do interesse público, com maior razão não poderia a modulação estar sujeita unicamente à existência de pedido, mas sim, decorrer da necessidade de ponderação dos valores em conflito.

Soma-se a isso, a circunstância de que a Corte não condiciona o exercício manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade à existência de prévio pedido formulado pelas partes ou interessados. Dessa forma, se a alteração dos efeitos tradicionais tem como essência a necessidade de ponderação dos valores constitucionais em choque, é incongruente a exigência do pedido como condição inafastável para a avaliação posterior da necessidade de manutenção, em alguma medida, da norma tida como inexistente.

Não haverá preservação da segurança jurídica nas ocasiões em que somente após a declaração de inconstitucionalidade se perceber a existência de prejuízos concretos a outros direitos constitucionalmente protegidos, e não se puder

alterar essa realidade simplesmente porque as partes não suscitaram previamente a ponderação dos valores que sequer imaginavam que poderiam ser atingidos.

Portanto, se o controle de constitucionalidade objetiva, fundamentalmente, realizar a vontade da Constituição, e se os Embargos de Declaração são a única via cabível após o julgamento da Ação Direta, e por meio deles forem demonstradas as conseqüências inconstitucionais que advirão da declaração de nulidade da norma, é inevitável o seu acolhimento.

REFERÊNCIAS

ALVIN, J. E. Carreira. Diversas Faces dos embargos de declaração. **Revista de processo**, nº 130, Ano 30, dez/2005.

BARBOSA, RUY. **Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 1893.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BERNARDINO, Victor de Ozeda Alla. A manipulação temporal dos efeitos decisórios no controle difuso de constitucionalidade . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2337, 24 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13897>>. Acesso em: 21 abr. 2010.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet nº 2859 MC. Relator: GILMAR MENDES. Brasília, DF, 06 abr. 04. DJ de 6.4.04, p. 91.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 90532. Relator JOAQUIM BARBOSA. Brasília, DF 23 set. 09. DJ de 6.11.09, p. 161-164.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82959. Relator MARCO AURÉLIO. Brasília, DF 23 fev. 06. DJ de 1.9.06, p. 795.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI MC nº 892. Relator CELSO DE MELLO. Brasília, DF 27 out. 94. DJ de 7.11.97, p. 57.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2996. Relator SEPÚLVEDA PERTENCE. Brasília, DF 14 dez. 2006. DJ de 16.3.07, p. 263.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2728. Relator MARCO AURÉLIO . Brasília, DF 19 out. 2006. DJ de 4.10.07, p. 516.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 79343. Relator LEITAO DE ABREU. Brasília, DF 31 mai. 77. DJ de 2.9.77.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 652. Relator CELSO DE MELLO. Brasília, DF 2 abr. 92. DJ de 2.4.93, p. 461.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2791. Relator GILMAR MENDES. Relator para Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Brasília, DF 22 abr. 09. DJ de 4.9.09, p. 95.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI ED nº 2840. Relatora ELLEN GRACIE. Brasília, DF 17 nov. 05. DJ de 9.12.05, p. 05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240. Relator EROS GRAU. Brasília, DF 9 mai. 07. DJ de 3.8.07, p. 279.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI MC nº 2210. Relator SEPÚLVEDA PERTENCE.. Brasília, DF 28 set. 00. DJ de 24.5.02, p. 279.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**: prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007.

HANS, Kelsen. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual civil**. Campinas: Millenium, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 2004.

MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração e a omissão indireta (Matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Rio de Janeiro. **Revista Forense**, Vol. 399, Ano 104, set-out/2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3 ed. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; arts 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos**. 2 ed. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PRADE, Péricles. Embargos declaratórios em ação direta de inconstitucionalidade e a omissão quanto ao exame do artigo 27 da Lei nº 9.868/99? Breves considerações. **Revista Dialética de Direito Processual**, Rio de Janeiro, nº 46, jan/2007, p. 80-89

REIS, Palhares Moreira. Embargos de Declaração em matéria constitucional. Belo Horizonte. Fórum Administrativo – **Direito Público**, nº 58, Ano 5, mar/2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37-60.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 226.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa Julgada em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ZAVASCK, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.49

