

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA BANDEIRA

**EFEITOS PROSPECTIVOS DA INCONSTITUCIONALIDADE:
DECISÃO POLÍTICO-PARTIDÁRIA?**

**Recife
2013**

LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA BANDEIRA

**EFEITOS PROSPECTIVOS DA INCONSTITUCIONALIDADE:
DECISÃO POLÍTICO-PARTIDÁRIA?**

Dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em Direito, na linha de pesquisa da área de concentração Processo e Dogmática, referente à pós-graduação stricto sensu da Universidade Católica de Pernambuco.

Orientador : Professor Doutor Hélio Ourem Campos

Coorientador: Professor Doutor Walber Agra

**Recife
2013**

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSO
MESTRADO EM DIREITO

COMISSÃO EXAMINADORA DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA BANDEIRA

Prof. Dr. Hélio Ourem Campos
Núcleo de Pós-Graduação Stricto Senso da
UNICAP/PE
(Orientador)

Prof. Dr. João Paulo F. de Souza Allain Teixeira
Núcleo de Pós-Graduação Stricto Senso da
UNICAP/PE

Prof. Dr. André Regis de Carvalho
Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UFPE

Dissertação homologada pelo Colegiado de Curso de Mestrado em Direito em
.....
Conferido o grau de mestre em Direito em

EFEITOS PROSPECTIVOS DA INCONSTITUCIONALIDADE:
DECISÃO POLÍTICO PARTIDÁRIA?

Luciana de Assunção Macieira Bandeira

DEDICATÓRIA

Dedico essa dissertação à minha família: meu maior tesouro.

**Recife
2013**

RESUMO

O advento da Lei nº 9.868/99 alterou significativamente o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, importante instrumento de defesa da manutenção do Estado Democrático de Direito, com a quebra do dogma da nulidade dos atos inconstitucionais, e a autorização expressa da modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade. A pesquisa realizou análises qualitativa e quantitativa, mediante levantamento de dados correspondentes a 1.232 acórdãos de julgamento de mérito proferidos pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 1988 a 30 de junho de 2013, em sede de controle abstrato de constitucionalidade. O objetivo foi identificar se há influência político partidária na modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, identificando os fatores externos e internos que interferiram nos julgados estudados. A pesquisa avaliou as amostras disponibilizadas nas listagens de estatísticas de ações de controle abstrato de constitucionalidade, existente no site do Supremo Tribunal, o que permitiu localizar cada ação julgada em seu mérito, e consultar voto a voto. A pesquisa descobriu que, entre 1988 a 2013, 18 (dezoito) casos tiveram indeferimento expresso do pedido de modulação, e 37 (trinta e sete) acórdãos acolheram a alteração da eficácia *pro futuro*, *ex nunc* ou em data prefixada, correspondendo a 4,5% dos processos julgados no mérito. O trabalho classificou os dados quanto ao prazo modulado, os beneficiários e o objeto das modulações. Dos 37 (trinta e sete) casos identificados com modulação, a pesquisa diagnosticou 13 (treze) com fortes indícios de influência político partidária. Os votos mostraram também outros fatores de interferência: influência interna pelos pares na Corte, questões sociais e econômicas (metódica estruturante do direito), e até a busca ainda que eventual pela coerência decisória com outro precedente (teoria da integridade de Dworkin). Em todos os treze julgados, os pedidos de modulação foram formulados por chefe do Poder Executivo Estadual ou Federal. Em 7 (sete) casos houve retificação de votos para aderir à modulação consensualmente debatida. Em todos os casos, havia discussão de fatores econômico- financeiros que envolviam erário. O estudo comparou os valores encontrados com a doutrina constitucional estrangeira e a experiência jurisprudencial da Áustria, dos Estados Unidos e da Alemanha, que influenciaram direta ou indiretamente o sistema constitucional pátrio. Essa análise descreveu as semelhanças e as diferenças na composição e na funcionabilidade da Corte, bem como as espécies, extensão e efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Comprovou-se a hipótese problematizada na pesquisa, quanto à ocorrência de influência político-partidária, o que ocorre também nos tribunais estrangeiros, cuja composição é determinada pelo Parlamento ou pelo Chefe do

Executivo, mas sem que essa influência tivesse o caráter exclusivo na determinação da modulação de efeitos da sentença de inconstitucionalidade. Conclui-se que, no Brasil, a escolha de 8 (oito) dos 11 (onze) ministros por um mesmo partido foi determinante para que a Corte sofresse influência político-partidária ao longo dos anos. A possibilidade de modulação da inconstitucionalidade interfere diretamente nas políticas públicas implantadas pelos governos estaduais e federal, o que agrava a pressão política sofrida pelos julgadores. Como a modulação utiliza conceitos indeterminados de segurança jurídica e relevante interesse social, ainda que se tenha constatado tantas influências externas ao sistema positivado, o anseio social exige o cumprimento dos limites mínimos previstos no próprio sistema para o preenchimento dessa "textura aberta da norma", para evitar arbitrariedades.

Palavras – Chave

1 Supremo Tribunal Federal. 2 inconstitucionalidade. 3 modulação de efeitos. 4 coisa julgada inconstitucional 5 influência político-partidária.

ABSTRACT

The Law number 9.868/99 has significantly changed the Brazilian constitutionality control system, an important instrument for defending the maintenance of the Democratic State of Law, breaking the dogma of the nullity of unconstitutional acts and it created a modulation of the effects of unconstitutionality decisions. The research has carried out quantitative and qualitative analysis, with case studies corresponding to 1,232 merit judgment sentences issued by the Supreme Federal Court, between the years of 1988 and June 30, 2013, in the course of abstract constitutionality review. The objective was to identify if there is political party influence in the modulation of effects of the unconstitutionality decision, identifying the external and internal factors that have interfered in the studied judgments. The research has evaluated the available samples from the statistical lists of the direct claim of unconstitutionality and declaratory action in the Supreme Court's website, which has allowed us to locate each action judged in its merit and to consult vote by vote. The research has discovered that, between 1988 to 2013, 18 (eighteen) cases had refused to modulate the effects of its own decisions, and 37 (thirty seven) sentences allowed pro futuro, ex nunc and pre-arranged date effects, corresponding to 4.5% of the cases judged on merit. The study has classified the data regarding their modulated deadline, the beneficiaries and the object of the modulations. Of the 37 (thirty seven) cases identified with modulation, the research diagnosed 13 (thirteen) with strong signs of political party influence. The votes have also shown other interference factors: internal influence by the peers at the Court, for social and economic reasons (structuring theory of law), and even on behalf of the decision coherence with other precedents (Dworkin's integrity theory). In all the thirteen judged cases, the modulation requests were made by the president or by state governor. In 7 (seven) cases, the associate justices changed their votes to adhere to the consensually debated modulation. In all cases there was a discussion of financial-economic factors which involved the public treasure. The study has compared the discovered values with the foreign constitutional doctrine and the jurisprudential experience from Austria, USA and Germany, which have directly or indirectly influenced the national constitutional review system. This analysis has described the similarities and differences in the composition and functionality of the Court, as well as the species, extension and effects of unconstitutionality abstract and concrete review. The hypothesis problematized in the research was proved, regarding the occurrence of political party influence, which also occurs at foreign courts whose composition is determined by the Parliament or by the Chief of the Executive branch, but this influence would not have an exclusive character in determining the modulation of effects of unconstitutionality sentences. It was concluded that, in Brazil, the choice of 8 (eight) from the 11 (eleven) ministers by a same party was determinant to make the Court suffer political party influence throughout the years. The possibility of unconstitutionality modulation interferes directly in the public policies implemented by the State and Federal government, which aggravated the political pressure suffered by the judges. Since the modulation uses undetermined concepts of juridical security and exceptional social interest, though many influences external do the positive system have been detected, social aspiration demands the fulfillment of the minimal limits foreseen in the very system for fulfilling of this "open organization of the norm" to avoid arbitrariness.

Key words

1 Federal Supreme Court. 2 unconstitutionality. 3 prospective effects. 4 unconstitutional res judicata. 5 political party influences.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 O DILEMA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A "DISCRICIONARIEDADE" DO MAGISTRADO NAS QUESTÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	13
1.1 O papel da Corte Constitucional, segundo a teoria da integridade, a textura aberta da norma e os <i>hard cases</i>	14
1.2 As variáveis externas influenciadoras do julgamento de constitucionalidade.....	24
CAPÍTULO 2 DA FUNÇÃO POLÍTICA DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA, NO CONTEXTO DO DIREITO COMPARADO.....	34
2.1 Composição e finalidade da Corte Constitucional.....	34
2.2 Diferenças e convergências dos sistemas de controle de constitucionalidade do <i>common law</i> e do <i>civil law</i>	46
CAPÍTULO 3 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO À LUZ DA LEI Nº 9.868/99, E AS INFLUÊNCIAS DO SISTEMA KELSIANO.....	53
3.1 Origem: Supremacia e Rigidez Constitucional.....	53
3.2 O objeto da inconstitucionalidade.....	59
3.3 O controle jurisdicional de constitucionalidade disciplinado na Constituição Federal de 1988.....	63
3.3.1 Controle de constitucionalidade pela via difusa.....	64
3.3.2 Controle de constitucionalidade pela via direta.....	67
3.3.3 Das "partes" e das intervenções.....	75
3.3.4 Dos procedimentos especiais.....	78
3.3.5 As inovações trazidas pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99.....	85
3.3.6 A modulação de efeitos no Direito Comparado.....	96

CAPÍTULO 4 DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....	103
4.1 Relativização da coisa julgada por força da modulação.....	103
4.2 Os efeitos da modulação da inconstitucionalidade em relação à coisa julgada, segundo o Direito Comparado.....	107
CAPÍTULO 5 O COMPORTAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INCONSTITUCIONALIDADE PROSPECTIVA (LEVANTAMENTO DE DADOS).....	115
5.1 Da metodologia.....	115
5.2 Da modulação no controle abstrato de constitucionalidade (motivações para conceder ou para negar).....	122
CONCLUSÃO.....	170

INTRODUÇÃO

A origem dos sistemas de controle de constitucionalidade da atualidade remontam aos modelos norte-americano e ao modelo europeu inspirado por Kelsen.

Em face da atribuição de efeitos erga omnes à especificação do controle concreto e da possibilidade de análise da realidade fática na modulação de efeitos do sistema abstrato, muito se tem discutido acerca de eventual convergência dos sistemas.

Há, também, doutrina que aponta para semelhanças e imbricações entre as duas tradições desde a sua origem, e atribuem o fato às influências do pensamento kelseano.

É incontestável que as ações de controle abstrato e concreto têm apresentado - ao longo da história - influências originárias da subjetivação da decisão judicial e do papel político da Corte Constitucional. É o fenômeno denominado como concretização normativa do direito segundo a teoria de Friedrich Muller, que envolve na prolação do controle de constitucionalidade fatores internos e externos que compõem o âmbito do fato e agregarão ao âmbito da norma, sendo este último o ponto de partida da decisão. Contudo, quando a definição dos efeitos dessa decisão de inconstitucionalidade depende de conceitos indeterminados, previstos como uma textura aberta da Constituição, agrava-se o quadro de risco de sua manipulação por interesses político-partidários.

No Brasil, houve uma mudança relevante no instituto da inconstitucionalidade, com a introdução da Lei nº 9.868/99, que previu expressamente em seu artigo 27, pelo quorum de 2/3 (8 ministros), a possibilidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal definirem os efeitos de sua decisão em controle abstrato, indicando que a inconstitucionalidade declarada produziria eficácia nas relações jurídicas e no âmbito normativo de forma *ex tunc*, *ex nunc*, pro futuro ou em data a ser fixada.

Nos últimos 10 (dez) anos, o Supremo Tribunal Federal sofreu também significativa alteração em sua composição, tendo hoje 8 (oito) de seus membros escolhidos por Chefes do Executivo de um mesmo partido político, em quorum suficiente para declarar uma lei

inconstitucional e modular sua eficácia, podendo, inclusive, manter por dado espaço de tempo, a validade de políticas públicas inconstitucionais.

O presente trabalho visa, a partir da análise do controle de constitucionalidade, identificar eventuais influências político-partidárias nos acórdãos prolatados pela Corte Suprema, que decidiram expressamente acerca da modulação, motivados pelo âmbito do caso (fatos) contido nos conceitos indeterminados que norteiam a eficácia prospectiva: segurança jurídica e relevante interesse social. Busca-se tratar do conceito, da judicialização e dos eventuais limites da modulação em controle de constitucionalidade pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

O estudo utiliza as teorias da integridade (Dworkin), e da textura aberta da norma (Hart), com a constatação de que nos *hard cases* o julgador utiliza-se do âmbito do fato, para preencher os conceitos indeterminados.

Utiliza-se ainda a doutrina estrangeira e a experiência das Cortes Constitucionais norte- americana e europeia, em comparação com a brasileira.

Para confirmar a hipótese da influência político-partidária, faz-se um contraponto descritivo e explicativo entre a doutrina e o levantamento documental de casos julgados pelo Supremo, em sede de controle abstrato, entre 5 de outubro de 1988 a 30 de junho de 2013.

O banco de dados utilizado como amostra será composto pelos votos que concederam ou negaram a modulação de efeitos da inconstitucionalidade, e que integraram os 1232 acórdãos de julgamento de mérito, proferidos pelo pleno da Corte Suprema Brasileira até 30 de junho de 2013.

O procedimento de levantamento documental será submetido a abordagens quantitativa e qualitativa, buscando definir em percentual estatístico e classificar os julgados encontrados, segundo o prazo de modulação fixado, o objeto da modulação e os respectivos beneficiários, além de compreender em profundidade a interação das variáveis indicadas em cada voto, para identificar eventual correspondência com os interesses do partido, representado pelo Chefe do Executivo, que nomeou os ministros votantes.

As amostras serão escolhidas com base nos relatórios estatísticos listados no site do Supremo Tribunal Federal, que possibilitam a identificação por número de cada ação de controle abstrato julgada em seu mérito, no período abordado.

O primeiro capítulo abordará a problemática dos conceitos indeterminados e os limites do seu preenchimento pelo julgador. O segundo capítulo tratará da função da Corte Constitucional e o enquadramento do Supremo Tribunal Federal, no contexto do Direito Comparado, fazendo um comparativo entre os Tribunais que exercem o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, na Áustria, na Alemanha, no Brasil e em Portugal, sendo estes dois últimos detentores do sistema misto de controle. O terceiro capítulo trará o sistema de controle de constitucionalidade com características das doutrinas do *civil law* e do *commom law*, suas diferenças e convergências, e a atual sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro. Disporá ainda sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a possibilidade de sua modulação, procurando demonstrar as peculiaridades dos sistemas americano, alemão, austríaco e brasileiro. O quarto capítulo é destinado à relativização da coisa julgada inconstitucional como consequência dessa modulação, abordando temas doutrinários da literatura brasileira e portuguesa. O quinto capítulo trará levantamento documental de julgados com modulação de efeitos, proferidos pela Suprema Corte Federal Brasileira, em sede de controle abstrato, entre 1988 a 30 de junho de 2013.

Não se pretende, neste trabalho, esgotar o tema, mas tão somente lançar uma ideia desafiante de descortinar a subjetividade político-partidária, que pode ocorrer nas decisões de inconstitucionalidade, no tocante aos fatores econômicos, políticos, e aos interesses do poder, sobretudo quando envolvem o orçamento público e as relações jurídico-tributárias, além da judicialização da Corte de Constitucionalidade.

1 O DILEMA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A “DISCRICIONARIEDADE” DO MAGISTRADO NAS QUESTÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

O papel “criador” do direito desempenhado pelo magistrado para o preenchimento dos conceitos indeterminados previstos na norma corresponde a uma função que sofre temperamentos a depender da teoria que a embasa.

A teorias positivistas de Dworkin e de Hart consideraram sucessivamente possibilidades ora de menor amplitude, ora de maior abrangência, das possibilidades de decisões judiciais a respeito da matéria indeterminada, desde que previstas no sistema positivado.

Veremos no item a seguir que, o poder criativo do juiz nos casos difíceis, segundo a teoria dworkiana, é restrito à previsão normativa principiológica e da moral política, identificadas como um método único de identificação da teoria de constitucionalidade.

Hart abre um pouco o leque a permitir padrões de condutas variáveis com base no poder regulamentar (legislação), como exercício discricionário do compromisso razoável assumido entre muitos interesses conflitantes, e no princípio da razoabilidade (precedente), que pondera um equilíbrio entre as pretensões sociais. Não existe um método único e nem uma única decisão correta.

A visão pós-positivista de Muller amplia ainda mais o poder criativo da decisão judicial e admite a sua integração por influências fáticas fora do sistema positivado, e que abrange as convicções pessoais do magistrado e as questões sociais, econômicas e políticas do mundo dos fatos (âmbito do caso).

Passa-se a análise de cada teoria.

1.1 O papel da Corte Constitucional, segundo a teoria da integridade, a textura aberta da norma e os *hard cases*.

A filosofia da linguagem ordinária afirmava, que as divergências nas decisões judiciais decorriam do teor linguístico de imprecisão das regras jurídicas, pertencentes a um sistema autorregulado. Esse sistema era formado por regras primárias com prescrição de deveres, obrigações de fazer e de não fazer, e regras secundárias, que conferiam poderes de reconhecimento, que limitavam os órgãos aplicadores, regras de alteração dirigidas aos órgãos criadores do direito, e regras de julgamento.

Para Dworkin, o Direito é um sistema aberto e puro, onde a prática jurídica e a teoria política caminham juntas e respeitam a legislação, que é complemento do direito, seguem os precedentes judiciais e realizam o que se chama de justiça. Os direitos jurídicos correspondem a uma função especial dos direitos políticos.

Assim, se a regra descreve o fato, somente ela é válida para ser aplicada àquele fato. Mas se a regra não descreve o fato, usa-se a “discricionarietà” do juiz.

Para esse autor, o magistrado, ao eleger uma regra como a funcionalmente mais importante e válida, as demais regras descartadas não serão válidas.

Desse modo, casos iguais deveriam ser decididos igualmente, e casos difíceis assim considerados os *backgroundrights*, direitos da sociedade em abstrato, as regras jurídicas indeterminadas e ambíguas, ou situações em que inexistente regra explícita, deveriam ser decididos com o poder criativo do magistrado (discricionarietà).

A teoria dos *hard cases* envolve a sistemática na qual a regra expressa na norma não mostra a direção na qual a decisão será tomada, permitindo-se ao magistrado decidir com base

em princípios. Deve subsistir coerência na aplicação do princípio que embasou a decisão, demonstrando-se que a regra formulada na decisão está consistente com o princípio¹.

A tese de Dworkin distingue direitos abstratos de direitos concretos, leva em consideração as qualidades especiais dos direitos institucionais em termos gerais, e as qualidades particulares dos direitos jurídicos enquanto uma espécie de direito institucional, permitindo-se ao juiz utilizar-se da denominada "moralidade política" para, nos casos difíceis, decidir quais os direitos jurídicos dos litigantes. Conclui que “os juízes decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos”. Esses direitos concretos devem ser jurídicos, institucionais e não preferenciais.²

A teoria dworkiana define direitos, como aqueles descritos pelos princípios, e os distingue de outro lado do objetivo coletivo descrito pelas políticas. Isso não impediria que uma decisão embasada em princípios pudesse refletir também uma opção política para o caso. E Dworkin explica que ainda que o valor econômico tivesse influenciado a decisão judicial, é na teoria dos direitos determinada pelo magistrado com base principiológica que se justifica a decisão dos casos difíceis, e não na análise econômica que o influenciou³.

Dworkin faz distinção entre os casos civis e o processo penal, sendo que, no primeiro, uma das partes tem direito a uma decisão favorável, enquanto, na segunda espécie, o acusado tem direito a decisão favorável se for inocente, mas o Estado não tem direito a sua condenação simplesmente por ser ele culpado. Ele explica a hipótese de processo penal com o uso de provas ilícitas, que pelo meio ilegal de sua obtenção, ainda que comprove ser o acusado culpado, levará a absolvição, como forma de “dissuadir policiais de reunir esse tipo de prova no futuro”⁴.

1 Dworkin, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.131- 139.

2 Idem. Ibidem, p.140-141 e 158.

3 Idem. Ibidem, p.153.

4 Idem. Ibidem, p.157-158.

O passo a passo do procedimento do juiz para preenchimento dos conceitos indeterminados é sequenciado por Dworkin para a identificação da teoria criada para a abrangência do conceito da dignidade. O juiz observa quais são os casos claros e estabelecidos aos quais o conceito se aplica, depois se coloca no contexto mais geral das crenças e atitudes daqueles que valorizam o conceito, para ver os casos claros através dos olhos deles, e por fim formular uma teoria geral do conceito que explique por que aqueles que sustentam essa crença ou virtude irão valorizar a dignidade, e então utilizar a sua teoria da dignidade para responder as questões que a história institucional deixa em aberto⁵.

Talvez as situações de modulação de decisões de inconstitucionalidade se enquadrem no que Dworkin denominou de “direitos da sociedade em abstrato”. Situações que, por exemplo, envolvem inúmeras relações jurídico-tributárias de determinada categoria. As minúcias e as peculiaridades pertinentes a cada lançamento tão somente poderão ser decididas caso a caso.

Por um lado, até mesmo a atribuição de efeitos prospectivos, pelas decisões plenárias da Corte Constitucional brasileira, tem como base situações concretas de “insegurança jurídica” ou “excepcional interesse social”. Por outro lado, ao tratar das decisões de casos idênticos, Dworkin não se restringe aqui a adoção do princípio da igualdade, mas de forma abrangente a aplicação da equidade. A equidade parte do pressuposto de que o Estado e a comunidade estão comprometidos com os princípios que nascem do agir coletivo, da responsabilidade comunitária (sentido fraternal de obrigação).

Nessa acepção, os termos “Estado” e “comunidade” têm personalidade jurídica próprias, como entidades distintas das pessoas que individualmente os integram⁶.

5 Dworkin, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed.. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.199.

6 CHUEIRI, Vera Karam de. Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995, p. 123.

O Poder Legislativo se baseia em princípios políticos para que o direito seja coerente, e esses princípios políticos são levados em consideração pelo Poder Judiciário, juntamente com os princípios morais implícitos e as provas carreadas em cada caso concreto, que esteja sob julgamento.

Desse modo, a harmonia dos Poderes não decorre do sistema de freios e contrapesos, e sim da efetividade do mecanismo das responsabilidades recíprocas que concede a cada cidadão parcela da força de realizar o direito.

São “procedimentos moralmente justificados de distribuição de poder”⁷. O mercado do modelo político-liberal dá prevalência à isonomia, se necessário, em detrimento da liberdade da iniciativa privada.

Para Dworkin, haveria uma “conexão racional” entre o direito e a moral, como justificativa moral do uso da força. O direito, nesse aspecto, assume uma função controladora do poder político. Segundo ele, o direito tem validade complexa que envolve razões morais, éticas e pragmáticas⁸.

Os padrões aplicados surgem da política cotidiana e, por isso, como se fosse um capítulo de uma novela literária, o magistrado se prepara para julgar com coerência em relação aos paradigmas passados e presentes⁹. A coerência se estende às decisões políticas passadas e às fontes jurídicas do direito.

No tocante aos *hard cases* das relações jurídicas consolidadas, sobretudo no Brasil, percebe-se que a coerência mencionada por Dworkin não segue um padrão sequenciado,

7 CHUEIRI, Vera Karam de. Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995, p. 123.

8 LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. Revista da Ajuris, v. 34, n.17, setembro de 2007, p.163

9 DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.213/270.

apesar de os ministros sempre recorrerem à citação de precedente em seus votos. Algumas vezes, as influências político-partidárias, outras vezes as consequências econômicas e sociais se sobrepõem às decisões políticas adotadas no passado. Nesse caso, a integridade do direito ocorrerá com a politização do Judiciário.

Nesse contexto, no capítulo destinado ao levantamento de decisões, abordaremos o papel político positivador que a Suprema Corte Brasileira tem exercido nas decisões de inconstitucionalidade, com a prática inclusive de *overruling* dos precedentes antigos e a modulação de efeitos.

Para a teoria de Dworkin¹⁰, a interpretação do direito, pelo juiz, tem natureza construtiva e implica a valoração da teoria política, e a busca do fundamento na história, com uma estrutura argumentativa moralmente justificada. Ressalte-se que não se trata de condições objetivas, mas de valores que integram os paradigmas a serem aplicados pelo magistrado. Ainda que Dworkin reconheça que o juiz pode deixar transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas, estas não possuem força independente e determinante do julgamento, que ao contrário refletirá o que a lei e o precedente exigem¹¹.

Desse modo, somente um juiz com alto poder investigativo, comparado a Hércules, seria intelectual a ponto de tomar por base todas as leis e precedentes jurisprudenciais anteriores (ordenados verticalmente por hierarquia de julgadores ou horizontalmente para decisões do mesmo nível), e deter o conhecimento de todas as normas e princípios implícitos e explícitos, para ter consideração a totalidade do direito válido e assim proferir a decisão correta, única válida¹². “O juiz Hércules reconcilia História e Justiça”¹³.

10 DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.377/424.

11 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2010, p.184.

12 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.213/270.

13 LUCHI, José Pedro. **A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas**. Revista da Ajuris, v. 34, n.17, setembro de 2007, p.164

Contudo, o próprio Dworkin reconhece que nos casos difíceis não existe uma única resposta certa, diante da margem de escolha de princípios pelo magistrado. Esclarece que a tese da resposta certa não afasta a ambiguidade das regras, apenas afirma responsabilidades para os seus participantes. Acrescenta que o conceito de princípios é a ponte entre a justificação política da doutrina, que impõe o julgamento idêntico para casos semelhantes, e os casos difíceis, sobre os quais não está claro o que essa doutrina geral requer, competindo ao juiz Hércules desenvolver a teoria com base na intenção legislativa e nos princípios jurídicos. Nesse contexto, não poderá o magistrado incluir um direito novo, mas desenvolver uma teoria que melhor se adeque ao sistema vigente como um todo e às práticas estabelecidas segundo tais regras, em verdadeira filosofia política na escolha da concepção mais satisfatória à ideia geral disposta no ordenamento jurídico, devendo julgar com humildade os casos difíceis reconhecendo que tais decisões serão passíveis de erro. 14

Assim, supera-se a lacuna da norma com os princípios, e define-se os direitos jurídicos das partes, adequando-os ao ordenamento jurídico como um todo, e desenvolve uma teoria da constituição como um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo. Ele testa as teorias contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla e utiliza os conceitos da teoria mais adequada ao sistema. 15

A teoria da resposta certa faz analogia com o exercício literário em que se escreve os capítulos seguintes mantendo-se a identidade da obra, com coerência e unidade criativa e crítica. Nesse contexto, o juiz denominado de “Hércules” deverá dar o máximo de si, porque ao decidir escreve um capítulo da história do direito e acrescenta algo à tradição jurídica, através de seu precedente, que será utilizado ou confrontado por outros juízes no futuro. Cada juiz é parceiro nessa corrente do direito. Essa vinculação é válida para decidir casos semelhantes aos do precedente.

14 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed.. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.163-167 e 203.

15 Os conceitos de intenção ou propósito da lei e de princípios que “subjazem” às regras positivas ou estão inscritos nelas levam a definição dos direitos jurídicos como uma função dos direitos políticos. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed.. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.165, 167 e 168.

Nos casos difíceis, entretanto, o juiz poderá demonstrar certo tipo de independência em face da força gravitacional dos precedentes e poderá extrair algumas conclusões sobre suas próprias responsabilidades¹⁶. Portanto, o juiz cria e aplica a norma, ele cria enquanto interpreta, buscando a melhor resposta para o caso concreto, ainda que essa decisão não se ajuste ao maior número de precedentes.

Ocorre que esse poder criativo do juiz - tratado por Dworkin - busca a resposta certa dentro do sistema, ainda que implícito em princípios ou decisões políticas positivadas. É, portanto, uma discricionariedade limitada, sendo vedada decisão diferente que confronte o sistema como um todo. Em cada caso, apenas uma decisão é a correta e válida.

Os casos semelhantes são solucionados pela equidade, entretanto, os casos difíceis exigem a elaboração de uma teoria principiológica válida na comunidade do julgador.

A teoria constitucional visa proteger os cidadãos contra certas decisões, que ainda sob o manto de interesse geral ou comum, venham a ser revestidas e inconstitucionalidade. Algumas restrições constitucionais estão revestidas de regras bem precisas, mas quando traduzidas em padrões “vagos” provocam controvérsia política e jurídica. Ao invés de normas incompletas, Dworkin as caracteriza como uma delegação à Suprema Corte para aplicação de suas próprias concepções de moralidade política¹⁷.

Acrescenta que o sistema constitucional baseia-se numa teoria moral específica, na qual os particulares têm direitos morais contra o Estado, que exige um tribunal “ativista” para formular questões de moralidade política e fornecer as respectivas respostas, assumindo os juristas um papel ativo no desenvolvimento de uma teoria dos direitos morais contra o Estado.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed.. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.175 e 177.

¹⁷ A moralidade política corresponde às convicções políticas do conjunto da comunidade, uma moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos, a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Idem. Ibidem, p.197 e 214.

No tocante à busca de respostas dentro do próprio ordenamento jurídico, segundo Marcelo Neves, a teoria dworkiana chega a se assemelhar com a teoria de Luhmann (“os processos seletivos de filtragem conceitual estão no interior do sistema”). Nessa última teoria, diferencia-se o sistema jurídico do meio ambiente onde está inserido, o que supostamente evitaria a determinação das decisões a partir de critérios externos, tais como interesses e proposições políticos, econômicos, éticos e científicos¹⁸.

Também Dworkin afasta as influências externas ao sistema positivado e as convicções pessoais da teoria que embasa a decisão judicial.

Todavia, em oposição e crítica à teoria de Dworkin, Hart defende que no tocante aos conceitos indeterminados, os padrões de conduta são variáveis e decididos caso a caso, ainda que com base na legislação e no precedente.

Nos casos simples, utiliza-se o silogismo normativo para tirar suas conclusões, através da legislação e da teoria do precedente¹⁹.

Segundo a teoria de Hart, até mesmo os “cânones de interpretação” necessitam eles próprios de serem interpretados, e essa abertura, que permite escolha de alternativas é inerente à linguagem. Os precedentes também deixam margem de indeterminação podendo ter suas regras restringidas ou ampliadas nas decisões futuras (margem criadora).

O significado de textura aberta do direito é o de que muitas coisas são deixadas para serem resolvidas pelos tribunais, que são os responsáveis por determinar o equilíbrio, a partir de cada caso, entre interesses conflitantes de peso variáveis²⁰.

18 Essa alegada neutralidade do sistema jurídico, em relação ao sistema político, é defendida por Luhmann, ao prever a natureza da Constituição no Estado de Direito, como um acoplamento estrutural capaz de excluir as interferências políticas não positivadas. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p.81-82.

19 HART, Herbert L.A.. *O conceito de Direito*. Tradução por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961, p.137.

20 Idem. *Ibidem*, p.148.

Desse modo, não é possível um mundo previsível de jurisprudência “mecânica”, mundo este que não existe sequer nos sistemas jurídicos positivistas, porque é impossível se prever todos os fatos que circundam o dia a dia do ser humano.

Nesse ponto, a teoria de Hart se opõe à teoria de Dworkin, uma vez que não haveria uma única decisão jurídica correta cabível, tudo dependeria do juízo de razoabilidade exercido pelo julgador em relação às condutas praticadas pelas partes litigantes.

Enquanto Dworkin defende a vinculatividade dos precedentes jurisprudenciais como capítulos de uma mesma novela, em que a nova decisão jurídica integra (teoria da integridade); Hart sustenta que até mesmo o sistema de precedentes apresenta textura aberta de incerteza. Não se pode, entretanto, permitir arbitrariedades nesta margem de incerteza.

Para Hart, mesmo aplicando termos comparativos entre os casos julgados, tais como a “*ratio decidendi*”, o cotejo dos “fatos materiais” e técnica de interpretação, sempre haverá uma textura aberta no precedente que leve a certo grau de incerteza para a criação do direito pelo Judiciário²¹. Ele chega a comparar essa função criadora ao poder delegado dado a organismos administrativos para editar regulamentos²².

Assim, esse autor sustenta que não há “padrões de comportamento judicial correto”²³, e que diante de regras de textura aberta cabe aos indivíduos prever como os Tribunais vêm decidindo e ajustar suas condutas a tais decisões, que tem certa regularidade e previsibilidade. Ressalva, entretanto, que, mesmo diante de precedentes vinculativos não há método único que lhes conceda autoridade, inexistente uma única decisão correta, e é permitido aos Tribunais a sua supressão (*overruling*) ou distinção (*distinguishing*)²⁴.

21 HART, Herbert L.A.. O conceito de Direito. Tradução por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961, p.147.

22 Idem. Ibidem, p.149.

23 Idem. Ibidem, p.152.

24 Idem. Ibidem, p.147/148.

Mesmo diante desse poder criativo do Judiciário, Hart reconhece que o ponto de partida para a decisão judicial é a regra (“padrões orientadores”), ainda que detentora de exceções meramente exemplificativas. Não é permitido ao magistrado decidir contra os padrões de julgamento correto para não serem as decisões contestadas dentro do sistema. Isto porque o que os tribunais decidirem em definitivo deve permanecer até que sobrevenha inovação legislativa.

Ao se reportar à definitividade das decisões dos supremos tribunais, Hart diz tratar de “definitividade e autoridade” na aplicação aos casos concretos, não sendo “um jogo de discricionariedade”, porque dentro da textura aberta das regras cabe a ele a escolha definitiva mas não infalível. E conclui que quando a decisão da Suprema Corte é errada, esta afirmação de erro não produz consequências dentro do sistema, e não altera a relação de direitos e deveres. Por isso afirma que “o direito (ou a Constituição) é o que os tribunais dizem que é”²⁵. Os tribunais são formados por seres humanos e por isso falíveis com risco de erro não intencional, de abuso ou violação.

Há limitação da atuação do magistrado através do poder revisional das instâncias superiores bem como pelas regras jurídicas postas no sistema. A escolha realizada pelo juiz está prevista como uma alternativa viável pelo sistema positivado.

No tocante à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal tem-se que enfrentar a textura aberta da norma indicada por Hart, competindo àquela Corte o preenchimento do que seria “excepcional interesse social” e “segurança jurídica”, inclusive no que pertine aos efeitos sobre a relativização da coisa julgada, sem esquecer, entretanto, a coerência com os precedentes e o fator surpresa decorrente do “*overruling*”.

As discussões entre a teoria de Hart, em confronto com a teoria da integridade, mesmo tendo sido travadas anteriormente, são perfeitamente aplicáveis à crise da pós-modernidade e ao estudo do papel político da Corte Constitucional. O próprio Dworkin, ao se

25 HART, Herbert L.A.. O conceito de Direito. Tradução por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961, p.155/158.

referir à teoria de Hart, reconhece que os magistrados frequentemente divergem sobre o modo de interpretar regra ou princípio, e sobre a identificação se eles se revestem mesmo da natureza de regras ou princípios²⁶. Agrega-se a essas teorias a visão de Muller, que reconhece diante dos *hard cases* constitucionais as influências externas no momento decisório de preenchimento desse espaço aberto e indeterminado pela norma positivada, agregando matéria fática ao julgado.

1.2 As variáveis externas influenciadoras do julgamento de constitucionalidade.

Segundo Friedrich Muller, o papel judicante da Corte Constitucional é a função concretizadora e constitutiva da norma. Para ele, “o texto normativo genérico previamente dado não constitui a norma jurídica, mas apenas fornece o ponto de partida para sua construção diante do caso concreto.”²⁷. A plausibilidade jurídica do conflito é eliminada pelos tribunais, pelos juízes e pelos agentes Jurídicos. A função deles é relacionar: “decisão do caso concreto” e “norma genérica previamente fixada”²⁸.

Em um período histórico pós-positivista, meados dos séculos XX e XXI, surge a teoria estruturante do direito quase que simultaneamente ao movimento de virada linguística de Wittgenstein.

Emerge uma perspectiva de interdisciplinaridade do conceito de norma, para aí incluir: a) os estudos das ciências sociais; b) a teoria da ação (atividade dos juristas como atividade social); c) a dimensão pragmática (enfoque linguístico).

O Estado Constitucional da Idade Moderna exige um método de procedimento, “determinidade do trabalho jurídico” (possibilidade de recapitulação, transparência, honestidade dos métodos). Afasta-se da alegada determinidade dos conceitos jurídicos e seus

26 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed.. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011,p.175

27 MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

28 Idem. Ibidem.

significados (cada palavra isolada tem plurissignificância). O Código tem significância mas ainda não significado²⁹.

Como predecessores à teoria estruturante do direito que deram sua contribuição à metódica estruturante do direito, encontram-se³⁰:

- a) Kelsen: distinção entre proposição normativa e norma jurídica propriamente dita;
- b) Gewalt: A importância do conflito e a visão da violência, do poder coercitivo;
- c) Karl Llewellyn e Jerome Frank: realismo norte-americano. O juiz diante do caso concreto é o elemento “realizador” da norma.

Paralelamente à virada pragmática na Ciência da linguagem, desde Wittgenstein (*Droits*) surgiu a concepção estruturante como uma teoria do direito: além de sua “dimensão teórica precisa”, “orientada num sentido político e eticamente determinado”, “em prol do Estado Social de Direito e da Democracia Social Moderna”³¹.

A concepção estruturante da teoria e dos métodos é “empírico-pragmática”, “ação jurídica pela e na linguagem”, “geração do texto com base em textos”.

Para Muller, “uma Constituição fundamenta o potencial de coerção do Estado”. “Constituição é organização da força. É o congelamento de uma guerra civil”, o que para o autor equivaleria a uma “codificação” dos interesses³².

Segundo essa novel teoria da norma, “viger” corresponderia a “reconhecer toda a constituição, e não o seu caráter instrumentalizável por meio da jurisprudência situacional dos

29 MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

30 ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica. Para um teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2007.

31 MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

32 MULLER, Friedrich. Quem é o povo?: A questão fundamental da democracia. São Paulo: Maxlimonad, 1998.

lobbies”³³. Validade para Muller, seria a observância de regras garantidas pelos que tomam as decisões e que são afetadas por elas. Se os que tomam a decisão, de acordo com o caso, manipulam a norma, há traição à Constituição. Se for mera ordem de força será norma sujeita apenas à obrigação.

Logo, na decisão judicial, os fatos passariam por espécie de “pré-compreensão (filtro técnico)” que corresponderia ao denominado “âmbito do caso”.

“Apesar de não ser um dado pronto e acabado, a estrutura da norma jurídica é relativamente estável e pode ser cientificamente determinada, submetida à prova e aplicada mediante trabalho jurídico”³⁴. A norma não fixa a moldura.

Na metódica estruturante do direito, “o sujeito do processo de concretização nunca é a norma, mas sim o jurista diante do caso”³⁵.

Destarte, o programa da norma é composto por elemento subjetivo que, por sua vez, é integrado por elementos e processos sociais (genética), textos de normas (histórica) – dados reais; etapas tradicionais da hermenêutica (métodos gramaticais, sistemáticos) que fixam os limites da decisão, (elemento estabilizador) – dados linguísticos.

Segundo Muller, o texto e a realidade estão em constante inter-relação, o que vai construir a norma jurídica (inclusive conceitos e procedimentos).

Assim, essa inter-relação com os fatos e com fatores externos e internos do sujeito já estava reconhecida pela sociologia, a exemplo da teoria de Ulisses, suscitada por John Elster³⁶. Segundo essa teoria sociológica ³⁷, as instituições sociais e suas mudanças são resultado da ação e interação dos indivíduos. Os indivíduos, por sua vez, aí incluídos os

33 MULLER, Friedrich . Quem é o povo?: A questão fundamental da democracia. São Paulo: Maxlimonad, 1998.

34 Idem. Ibidem.

35 Idem. Ibidem.

36 ELSTER, Jon. Peças e Engrenagens das Ciências Sociais. Tradução de Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995 , p.29/37

37 Idem. Ibidem.

magistrados, são detentores de desejos, inclusive as crenças e as probabilidades subjetivas. Esses mesmos indivíduos tomam decisões em sua vida com base nas oportunidades que lhes são oferecidas em cada momento histórico, aí consideradas as coerções físicas, econômicas, legais e psicológicas).

Diante dos desejos e oportunidades, o indivíduo faz a escolha racional a partir de suas preocupações com os resultados e com os fatores indeterminados (evidências), levando em consideração ainda as normas sociais. Os desejos dependem das preferências pessoais, carências, vontades, motivações, são características de cada indivíduo em particular. As oportunidades correspondem aos fatores externos que influenciam no comportamento do ser social. As oportunidades são objetivas e dizem respeito ao mundo externo que circunda determinado indivíduo.

Logo, os desejos e as oportunidades influenciam-se reciprocamente para definir as ações de um indivíduo. A decisão nada mais é que a adaptação e ajustamento inconsciente ao conjunto de oportunidades, levando em consideração as emoções (circunstâncias externas).

Portanto, mesmo com a possibilidade de ações espontâneas, a decisão, normalmente, é tomada visando a resultados, e, por isso, é escolhido o que se acredita ser o melhor meio para alcançá-los.

Para se fazer as escolhas, toma-se por base também as evidências, que aqui podem ser interpretadas como o que é real, palpável, provado. Entretanto, também as evidências podem ser insuficientes, porque quando se trata de fatos e de ação humana se trabalha com probabilidades e não com certezas absolutas.

Desse modo, tanto na visão social, quanto sob o enfoque da hermenêutica, o caso concreto com os fatos que o circundam, são definidores para a decisão a ser tomada.

Note-se que na história do controle de constitucionalidade, tanto os países do *civil law*, como os países vinculados ao sistema do *common law* adotaram, em algumas

oportunidades, a modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade a depender da realidade do caso concreto³⁸.

Mas, segundo a metódica estruturante, a norma geral previamente dada é uma ficção, pois só vai ser criada após a concretização. Isso permite que a cada caso sejam dadas decisões diferentes, às vezes até opostas e igualmente aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro³⁹.

A concretização da norma pelo jurista é mais ampla que a sua interpretação. A interpretação corresponde às possibilidades de trato jurídico com os textos (dados linguísticos). Em contrapartida, a concretização abrange os elementos naturais e sociais (dados reais - âmbito do caso) – dados pré-jurídicos, “brutos”, contexto antes da concretização⁴⁰. Os elementos para a concretização são o conjunto de matérias, o âmbito da matéria, o relato do caso, o âmbito do caso, o âmbito da norma, o programa da norma e a norma decisória.

Na esteira do pensamento de Muller, esclarece o ministro do Supremo, Luís Roberto Barroso, que ainda que o controle de constitucionalidade da via direta não tenha previsto todas as hipóteses fáticas (âmbito do caso), e por isso, tenha decidido pela constitucionalidade da norma, poderá modular os efeitos da declaração, para permitir que o magistrado do caso concreto decida diferentemente pela inconstitucionalidade a partir da ponderação entre o âmbito da norma e a realidade fática.

Como exemplo, Barroso citou as hipóteses de haver controvérsia judicial acerca da interpretação da norma, quando sua aplicação no dado caso concreto provoque situação inconstitucional, como na concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública para fornecimento de medicamento em proteção do bem maior da vida (ADCMC nº4), ou ainda quando o próprio acórdão de constitucionalidade ressalva expressamente a possibilidade do magistrado de piso decidir de forma distinta, quando declarou a constitucionalidade da

38 CAMPOS, Hélio Ourem. Cortes Constitucionais a Dinâmica do Poder. Separata da Revista O Direito. Ano 142, V. Almedina, 2010, p.990-991

39 MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.238.

40 Idem. ibidem.

medida provisória nº173/90, que vedava a concessão de liminar em ações do plano Collor, e autorizou os juízes a conceder a liminar caso presentes seus requisitos no caso concreto (ADINMC nº223-DF)⁴¹.

Segundo Muller⁴², a concretização da norma corresponde ao seguinte passo a passo: O primeiro passo refere-se ao conjunto de textos da norma. O texto positivado é o signo cujo sentido será contextualizado pelos dados reais e linguísticos comuns, vinculados à determinada estrutura social. O texto tem função limitadora da decisão.

A segunda etapa integra o relato do caso, “maneira pela qual o caso em questão chega ao conhecimento do profissional do direito”⁴³. Com a interferência do jurista, o relato do leigo é transformado no “conjunto de matérias” (dados fáticos já relacionados com os textos específicos escolhidos dentre os textos válidos). Ao mesmo tempo, o jurista observa a realidade e os textos que serão selecionados do sistema de textos válidos, separa os artigos, a jurisprudência e as teses aceitas por jurados e juízes.

A hermenêutica de Muller investiga os pressupostos teóricos da atividade do jurista. O texto e a realidade estão em constante inter-relação, e que esta é que vai constituir a norma jurídica. “Não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata, ou seja, a norma geral não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção... só vai ser criada após o trabalho de concretização.”

41 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.189-191. Além de citar Friedrich Muller (Modernas concepções de interpretação dos direitos humanos, XV Conferência Nacional de Advogados, 1994), o autor cita JJ Gomes Canotilho. Direito Constitucional e teoria da Constituição, 2001, p.1179: “Diferentemente dos postulados da metodologia dedutivo-positivista, deve considerar-se que : (1) a letra da lei não dispensa a averiguação de seu conteúdo semântico; (2) a norma constitucional não se identifica com o texto; (3) a delimitação do âmbito normativo, feita através da atribuição de um significado à norma, deve ter em atenção elementos de concretização relacionados com o problema carecido de decisão.”. No mesmo sentido, faz referência a Karl Larenz (Metodologia da Ciência do Direito, 1997) e a Ana Paula Ávila (Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, *Ajuris*, 86:361, 2003 e Determinação dos efeitos do controle de constitucionalidade: possibilidades e limites, 2002).

42 Idem. *Ibidem*.

43 MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

No terceiro passo, o jurista observa as características do conjunto de matérias e escolhe, dentre os textos válidos, textos específicos que considera adequados, seleciona artigos, precedentes judiciais, aceitação por jurados e juristas e forma o âmbito da matéria;

No quarto ato, o aplicador do direito especifica os fatos relevantes, observando o âmbito da matéria em relação ao caso concreto e compõe o âmbito do caso, que ainda não contém elemento normativo na concepção de Muller;

O quinto passo reúne a interpretação do texto da lei da direção do caso concreto aos elementos do programa da norma (teorias, técnicas hermenêuticas dogmáticas, interpretações linguísticas, dados linguísticos, textos prévios, tais como: anais de discussões legislativas, exposição de motivos, normas revogadas, elementos históricos, textos doutrinários, técnicas argumentativas e outros meios e estratégias aplicáveis).

Dessa forma, estar-se-á compondo os dados de entrada, o ponto de partida da concretização da norma.

A partir de então, a sexta etapa realiza “cortes da realidade social validados pelo programa da norma”⁴⁴. Cria-se a estrutura prescritiva a partir da associação do que se escolheu como âmbito da matéria, âmbito do caso, textos, dados linguísticos, ciência e *práxis* jurídica. Cria-se o âmbito da norma. Como exemplo, tem-se a definição de prazos, procedimentos, regras processuais, estruturas sociais, direitos fundamentais, sociedades comerciais etc., que estão total ou parcialmente previstos no sistema jurídico;

A sétima etapa cria a estrutura da norma a partir do confronto de relevância entre os dados no âmbito da matéria e no âmbito da norma. Posteriormente, associa-se o âmbito da norma (dados reais normativamente relevantes) ao programa da norma (indica os dados linguísticos e também técnicos normativamente relevantes, limita e faz mediação entre o conjunto de matérias e a construção desse âmbito normativo, fornece o critério obrigatório

44 MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

para a adequação jurídica da escolha dessa norma a partir do âmbito da matéria e do âmbito do caso)

Por fim, há a prolação da norma decisória como o resultado final normativo.

A teoria de Muller mostra que a decisão jurídica, sobretudo no controle de constitucionalidade, que contém inúmeros *hard cases* que envolvendo questões econômicas, sociais, tributárias e de políticas públicas, é construída a partir de influências internas e externas ao julgador.

Em constatação dessa realidade, o ministro Luís Roberto Barroso já advertia "o modelo real" tem uma dose de preferência pessoal do julgador (realismo), essência política (teoria crítica), fatores extrajurídicos (ciências sociais) e, em contrapartida, o respeito à integridade do direito (positivismo de Dworkin), como fator limitador dessas variáveis⁴⁵.

Para Barroso, o reconhecimento de tantas influências permite um controle social diante da transparência dessa relação entre direito e política.

Pode-se acrescer a esse limite imposto pelo direito, a proposta de Walber Agra para que:

a. cumpra-se com o propósito do Estado Democrático Social de Direito, através da densificação constitucional, com parâmetros delineados pelos direitos fundamentais e pela realização de um regime democrático substancial⁴⁶;

45 "Em segundo lugar, o direito - a Constituição, as leis, a jurisprudência, os elementos e métodos e interpretação - sempre desempenhará uma função limitadora.". E acrescenta o autor o empenho do Supremo Tribunal Federal na sua autoconservação em relação aos outros poderes, buscando manter a autoridade de suas decisões através de acolhimento de reclamações e ratificação de sua jurisprudência. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p.427-432.

46 AGRA, Walber de Moura. A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.307

- b. determinação da garantia do conteúdo mínimo e conteúdo periférico adaptável às realidades sociais, no tocante aos direitos fundamentais, garantindo-se a densidade e coercitividade também pela atuação legislativa;
- c. nova estruturação e composição do Supremo Tribunal na tentativa de auferir mais independência nas decisões.

A normatividade, prevista por Muller, subsiste hoje no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade abstrato com mais força pela coerção da vinculatividade dos precedentes jurisprudenciais, do sistema dos recursos repetitivos, do efeito *erga omnes* do controle difuso de constitucionalidade, a vinculatividade até do *obiter dictum* das decisões de controle de constitucionalidade.

A partir da reforma do sistema recursal, inserida pela lei nº11.418/2006, os artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil trouxeram o instituto dos recursos especial extraordinário representativos da controvérsia, cujo acórdão tem seus efeitos estendidos aos demais recursos pendentes ou futuros, que dispuserem sob fundamento de idêntica questão de direito.

Depreende-se do sistema constitucional brasileiro a força normativa das decisões do Supremo Tribunal Federal, tanto em medidas cautelares em sede de ações direta de inconstitucionalidade, por força do artigo 11, §§1º e 2º da Lei nº9.868/99, quanto no mérito, segundo o artigo 28, inclusive com a modulação de seus efeitos (artigo 27).

Em relação à normatividade das decisões incidentais de inconstitucionalidade, proferidas pelo plenário da Suprema Corte, anotam-se os seguintes precedentes que decidiram pela objetivação do controle difuso, com modulação de efeitos *erga omnes*: recursos extraordinários (RE) número 562276/PR, publicado no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) de 10/02/2011, RE número 500171 ED/GO, publicado no DJE de 03/06/2011, RE número 377.457.3/PR e número 381.964-0/MG, publicados no DJE de 19/12/2008, RE número 553223 AgR – ED/RJ, publicado no DJE de 19/12/2008, e no RE número 556664/RS, publicado no DJE de 14/11/2008.

Em relação à inexigibilidade da coisa julgada inconstitucional, os artigos 741, parágrafo único, e 475, parágrafo 1º do Código de Processo Civil dispõem acerca da oposição à coisa julgada da decisão da Suprema Corte. Essa oposição é admitida até após o decurso do prazo decadencial da ação rescisória, e em sede de cumprimento de sentença.

Constata-se, no Brasil, a força da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo pleno da Suprema Corte, que verdadeiramente cria “norma”.

Com a aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law* viabiliza-se a aplicação da teoria de Muller no controle de constitucionalidade brasileiro.

Assim, é possível identificar nuances e elementos das teorias de Dworkin, de Hart e de Friedrich Muller em votos isolados e nos acórdãos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, conforme será confirmado na análise da função política daquela Corte e no levantamento jurisprudencial, inseridos nos capítulos que seguem.

2 DA FUNÇÃO POLÍTICA DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA , NO CONTEXTO DO DIREITO COMPARADO.

2.1 Composição e finalidade da Corte Constitucional.

Antes de situar o Supremo Tribunal Federal no contexto de tutela das normas constitucionais, passa-se a analisar os Tribunais que exercem o controle de constitucionalidade de norma abstrata e de forma concreta, e cujos sistemas influenciaram o sistema brasileiro.

A Corte Constitucional, como órgão que avoca para si a competência exclusiva para tratar do controle de constitucionalidade, foi uma ideia criada por Kelsen, que influenciou a reforma da Constituição da Áustria, e, em certa medida, a criação de Cortes Constitucionais na Europa.

A ideia de Kelsen surgiu com uma Corte que desempenhasse o papel de legislador negativo, de forma a auxiliar e garantir a manutenção do poder do Parlamento. Desse modo, se a Corte Constitucional constatasse uma inconstitucionalidade, já previa Kelsen o efeito prospectivo para que o Parlamento tivesse chance de editar nova lei, antes mesmo da decisão judicial de inconstitucionalidade produzir efeito.

Enteria tece uma crítica à nomenclatura de Tribunal, porque, para ele, não se trataria de exercício de jurisdição a integrar o Poder Judiciário, posto que o Tribunal Constitucional austríaco não aprecia casos concretos, e se limita a controlar a compatibilidade normativa abstrata: Constituição e lei. Acrescenta que a motivação histórica para a sua criação, seria para evitar o governo dos juízes, que vinha sendo aceito pela doutrina europeia, em face da Escola Livre do Direito, da comunidade do povo, do sentimento coletivo, entre outras teorias. Por isso, o controle de constitucionalidade austríaco se dava incidentalmente nas ações concretas de litígios postos em juízo, em que os outros tribunais ordinários remeter a resolução de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional como um incidente prévio, e este decidirá de

forma abstrata, cabendo o exercício da jurisdição em concreto aos juízes comuns, com base na determinação normativa inserida na decisão de inconstitucionalidade.⁴⁷

A composição do Tribunal e Garantias Constitucionais da Áustria tem 14 (quatorze) membros, escolhidos por proposta governamental parcial e por acordo bipartidário, com intervenção das Câmaras de representação federada. Os membros eleitos terão que ter formação e experiência jurídica, e o presidente do Tribunal é designado e não eleito, com cargos vitalícios e aposentadoria aos 70 (setenta) anos de idade⁴⁸.

Em contrapartida, de acordo com a realidade histórica da Alemanha, o que se buscou com a criação da Corte Constitucional foi evitar arbitrariedades cometidas pela concentração de poder nas mãos do Parlamento. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal foi criado no intuito de se sobrepor ao Poder Legislativo e fazer valer a jurisdição constitucional.

A respeito, cite-se a função do Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo Konrad Hesse:

“O Tribunal Constitucional Federal pode, naturalmente, não por iniciativa própria e sempre só controlando, opor-se às decisões do governo e da legislação e sua sentença é vinculativa para os outros poderes. Ele tem, por conseguinte, participação – limitada – na direção do Estado Superior.”⁴⁹

(...) "É um Tribunal da Federação, autônomo e independente (§1º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal)."

47 ENTERRIA, Eduardo Garcia de. Controle de Constitucionalidade na Europa. *Revista de Direito Público*, v.20, nº 84, out./dez. de 1987, p. 7//8 P.6

48 SOUSA, Marcelo Rebelo de. Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993*. J. Sousa e Brito et al. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.218/221.

49 O Tribunal Constitucional Federal tem participação ainda que limitada na direção do Estado superior porque suas decisões não são prolatadas no detalhe das relações jurídicas individuais, mas sob o âmbito normativo da "formação da unidade política, da condução geral política e da formação da vontade política", com efeitos vinculativos aos outros órgãos e poderes. Está em igualdade de hierarquia em comparação aos outros órgão superiores da federação. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre:1998, p.422 e 487.

Entre as competências exercidas pelo Tribunal Constitucional Federal, antes Muller dá destaque aos seguintes pontos: o exame do direito federal ou do direito estadual em face da Constituição, e o direito estadual em confronto com as leis federais, até mesmo o direito que está em vigor desde o período pré-constitucional.⁵⁰

Sobre o princípio de divisão e equilíbrio dos poderes, Konrad Hesse sustenta críticas à redação da Lei Fundamental alemã, pois esta não traz as suas características e, ao contrário, em diversos dispositivos afronta esse princípio democrático liberal⁵¹. Entretanto, Hesse atenta para o fato de que o Judiciário alemão em verdade se sobrepõe ao Legislativo e ao Executivo porque apesar de não ser detentor “do poder político real” exerce controle sobre os outros poderes pela força vinculante de suas decisões. Enquanto isso, inexistente previsão de controle sobre o Judiciário pelo Legislativo e Executivo, nem tampouco recíproco entre estes últimos. Concluiu, então, que se deve impor uma interpretação de divisão de poderes, que, apesar de não trazida no texto da Lei fundamental, é dogma anterior à própria Constituição.

Hesse esclarece que a Lei Fundamental divide os poderes tão somente quando trata das funções de “estabelecimento de direito, da execução e da jurisdição”. Segundo o autor, a jurisdição constitucional não se confunde com a política, até porque, segundo sua teoria, o Judiciário não exerce o papel de legislador positivo e sim desempenha o papel de conservador do direito, podendo a Constituição prever as hipóteses em que poderá decidir de forma interventiva.⁵²

50 Competirá aos Tribunais Estaduais Constitucionais examinar a adequação das normas legais e infralegais em face da constituição estadual. MULLER, Friedrich. O significado teórico de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade' e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. fonte: acesso em 10/06/2013

51 HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre:1998,p.366-367.

52 "Essas particularidades resultam das relações próximas da jurisdição constitucional com as funções da direção e configuração política. A jurisdição constitucional tem de decidir questões mais numerosas com toque político e de alcance político do que outras jurisdições. Suas próprias decisões podem desdobrar efeitos políticos de alcance considerável. Elas podem avizinhar-se de uma decisão política, tanto mais que elas regularmente podem ser obtidas não sobre a base de normalizações detalhadas, senão somente com base nos critérios amplos e indeterminados da Constituição. A realização dessas decisões, finalmente, está sujeita a condições completamente diferentes do que aquelas de outras decisões judiciais." HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. 20ª edição. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre:1998, p.412/420.

Hesse afirma que, apesar de as questões políticas permearem a jurisdição constitucional, esta não é uma decisão política, não afasta sua natureza de decisão jurídica com seus limites de competência de conservação da própria Constituição. Mas também ele reconhece que o liame divisório fica tênue quando se trata de conceitos abertos e indeterminados. Essa é a teoria aceita e aplicada na Alemanha.

O autor reconhece a politização da justiça, no exercício da jurisdição constitucional, o que a distingue da jurisdição comum, na medida em que envolve temas de efeitos políticos de relevante alcance na sociedade. Contudo, sustenta que a Corte Constitucional Alemã deverá encontrar na racionalização a estabilidade de suas decisões⁵³:

“O Tribunal Constitucional Federal pode, naturalmente, não por iniciativa própria e sempre só controlando, opor-se às decisões do governo e da legislação e sua sentença é vinculativa para os outros poderes. Ele tem, por conseguinte, participação – limitada – na direção do Estado superior. Essa situação de fato fundamenta tanto o status especial do Tribunal Constitucional Federal como a configuração especial de seu procedimento.”⁵⁴.

Hesse⁵⁵ aduz que não pode o Judiciário dispor de um autocontrole de suas decisões, o que equivaleria ao *self-restraint*. Os limites das decisões estão na sua competência de conservação da Constituição. Se esta for por demais genérica, menor será a atuação do Judiciário, que jamais poderá intervir na razoabilidade, conveniência ou justiça das normas originadas pelo Legislativo, que detém ampla atividade conformadora na edição de leis.

Os limites são invariáveis e não rígidos; dependem das características da "competência, organização e procedimento do tribunal"⁵⁶.

Ainda sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional Alemã, é a lei processual que determina quando ocorrerá a sua retroação, como

53 HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. 20ª edição. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre:1998, p.421-422.

54 Idem.Ibidem.

55 Idem.Ibidem, p.425.

56 Idem. Ibidem, p.424.

por exemplo, no processo penal. Porém, não há desconstituição das relações constituídas até que sobrevenha decisão judicial revisional neste sentido.

Diante do exposto, cite-se trecho da palestra de Friedrich Muller, intitulada “o Significado teórico de ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade’⁵⁷ e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão”, em evento promovido pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro em 19/09/2002, traduzida por Peter Naumann:

“Se o Tribunal Constitucional federal opina que a lei examinada viola um direito hierarquicamente superior, ele declara a nulidade (§78 inc.1 do *BVerfGG*). Essa decisão tem força de lei e produz, em princípio, efeito retroativo (*ex tunc*): todas as sentenças judiciais, decretos-leis e portarias administrativas que no passado foram promulgadas com base na norma nula não possuem mais nenhum fundamento jurídico. O mesmo vale até para eleições realizadas com base em uma lei eleitoral posteriormente sancionada. Só que isso não significa que todos esses atos jurídicos se tornem inválidos *ex post facto*. O que deve acontecer com eles rege-se segundo o direito processual ou procedimental da matéria jurídica afetada.. de resto, continuam vigentes se ninguém inicia uma ação ou toma outra medida judicial qualquer.

(...)

A corte extraiu até do §79 um ‘princípio jurídico universal’, no sentido de ‘que uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, que declara a nulidade de uma prescrição, em princípio não deve produzir efeitos sobre relações jurídicas já processadas, abstraindo da exceção de uma sentença penal transitada em julgado’.”

A composição do Tribunal Constitucional Federal se dá por influência do Parlamento Federal (2/3 da comissão) e do Conselho Federal (2/3 dos membros). Cada órgão citado será responsável pela escolha de metade da Corte. O Tribunal é dividido em dois Senados ,com 8 (oito) membros cada um, dentre os quais, 3 (três) são juízes de tribunais superiores, e os

⁵⁷ MULLER, Friedrich. O Significado Teórico de Constitucionalidade/Inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Fonte: <http://www.rio.rj.gov.br/web/pgm/exibeconteudo?article-id=151244>. Acesso em 20/12/2012.

demais juízes federais. Os eleitos devem ter idade mínima de 40 (quarenta) anos, e exercem um mandato de 12 (doze) anos sem recondução⁵⁸.

Tanto o sistema de controle de constitucionalidade austríaco, como o alemão, influenciaram o controle abstrato brasileiro, entretanto, foi o sistema norte-americano que influenciou a teoria da norma inconstitucional e que primeiro foi introduzido na Constituição Brasileira.

Nos Estados Unidos da América, o artigo 3º da Constituição prevê expressamente a criação da Suprema Corte Federal, competindo ao Congresso a organização e o estabelecimento das demais Cortes e integrantes do Poder Judiciário, que resolverão casos e controvérsias. A Suprema Corte desenvolveu doutrina de justificabilidade, com elementos constitucionais e infraconstitucionais para embasar os julgamentos do Judiciário como um todo. Através da análise constitucional, cria direcionamentos sobre todo o corpo do direito, às quais estarão vinculadas às demais instâncias judiciais em face da teoria do precedente⁵⁹.

Abaixo da Suprema Corte, encontram-se a Corte de Apelação e o circuito federal, posteriormente as cortes distritais, e, por último, as cortes comuns denominadas *claim court*, *court of veterans appeals* e *court of int'e trade*. O controle de constitucionalidade é exercido de forma incidental às controvérsias postas em discussão perante às cortes de cada estado. Compete à Suprema Corte Constitucional dos Estados Unidos julgar os recursos que envolvam direito federal ou constitucional (seção I e II da Constituição Federal⁶⁰), interpostos perante as Cortes Federais de Apelação e intermediárias, e perante às Supremas Cortes estaduais.

Os membros da Suprema Corte Americana são 9 (nove) juízes, sendo o presidente (*chief of justice*) nomeado diretamente pelo presidente da República para o cargo vitalício, e os demais indicados pelo presidente da República e submetido à aprovação pelo Senado, para

58 HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. 20ª edição. Traduzido por Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p.488/489.

59 TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law. Third Edition. New York: Foundation Press*, 2000, p.207.

60 Fonte: <http://www.supremecourt.gov/>

só então ser nomeado pelo presidente que o indicou, conforme previsão na Constituição dos Estados Unidos de 1787.

As garantias dos juízes que integram a Suprema Corte Federal estão previstas na seção I, art.III da Constituição Federal, e dispõem sobre a vitaliciedade do cargo, a irredutibilidade de subsídios, o impedimento em acumular cargos no Legislativo e no Executivo e a possibilidade de *impeachment* (seção IV, art.II)⁶¹. Não há previsão de aposentadoria compulsória e os critérios de escolha não estão previstos expressamente no ordenamento jurídico, sendo, na prática, utilizado o conhecimento jurídico, idade em média acima de 50 a 60 anos, com “representação social”, experiência na prática forense, atividade político-partidária⁶².

A forma de julgamento pela Suprema Corte Americana se dá mediante avocação dos casos que a Corte escolhe como prioritários, e a votação por maioria dos membros⁶³.

No Brasil, tanto a competência jurisdicional quanto a composição do Supremo Tribunal Federal estão expressamente previstas na Carta Magna. Apesar da importação pelo sistema constitucional brasileiro, do controle difuso norte-americano, desde a Constituição de 1891; e do controle abstrato sob o modelo europeu, desde a Constituição de 1946, não se vê similitude relevante com as Cortes Constitucionais ou mesmo com o Tribunal Americano.

O Supremo Tribunal Federal (S.T.F.) integra o Poder Judiciário, ao contrário das Cortes Constitucionais que chegam a ser quase que um quarto Poder como na Alemanha, por exemplo. O S.T.F. tem competência recursal típica de jurisdição ordinária, e as demais instâncias do Judiciário também exercem controle incidental de inconstitucionalidade inexistindo concentração exclusiva, como no caso da competência do modelo kelsiano.

61 Fonte: <http://www.supremecourt.gov/>

62 REIS, Wanderlei J..O Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte dos Estados Unidos. Fonte: <http://jus.com.br/artigos/23590/o-supremo-tribunal-federal-e-a-suprema-corte-dos-estados-unidos>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

63 TRIBE, Laurence H.. American Constitutional Law. Third Edition. Volume One. New York: Foundation Press, 2000, p.221.

A Suprema Corte brasileira é composta por 11 (onze) ministros, escolhidos pelo Chefe do Executivo Federal, aprovada a escolha pelo Senado (maioria absoluta), e nomeado pelo presidente da República, entre cidadãos brasileiros natos, entre 35 a 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art.101 da Constituição Federal de 1988). A competência da Corte em controle de constitucionalidade, demais ações originárias e demandas recursais estão taxativamente previstas no artigo 102 da Constituição.

O presidente da Corte é escolhido por seus pares e o exercício da presidência é temporário. Além das funções administrativas, o presidente do S.T.F. profere voto de desempate nas decisões plenárias, inclusive, no controle de constitucionalidade.

Os ministros detêm iniciativa de projeto de lei para seus próprios subsídios, com autonomia administrativa e financeira do órgão, e seu regime jurídico prevê vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos

Como os ministros são escolhidos pela presidência da República, e o Senado Federal apenas homologa a escolha, há forte tendência para que aquele que se mantém na Chefia do Poder Executivo, igualmente influencie ideologicamente a cúpula do Poder Judiciário. É o que ocorre atualmente no Supremo Tribunal Federal, visto que dos 11 (onze) ministros atualmente exercendo o cargo, 8 (oito) foram escolhidos pelo Partido dos Trabalhadores.

Diante dessa influência direta da política no exercício do controle de constitucionalidade, tem-se um alerta quanto à partidarização das decisões, sobretudo, na modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, onde os limites jurídicos são pautados por conceitos indeterminados, textura aberta da norma (segurança jurídica e relevante interesse social).

Logo, não é legítimo que a função de guardião da Constituição seja norteadada por luta político-partidária da oposição ou dominação política de quem está no comando da Nação.⁶⁴

⁶⁴ A respeito, alerta o professor Walber Agra: "O órgão que exerce a jurisdição constitucional não pode ser considerado apolítico pelas razões já expostas. Todavia, um dos grandes perigos que o ameaça é sua partidarização, passando a decidir de acordo com conveniências políticas, sem

Um país que também adota o sistema misto de controle de constitucionalidade, Portugal, a Corte Constitucional além do controle de constitucionalidade, decide questões governamentais como as eleições, por exemplo. Sua composição se dá por escolha de membros detentores de mandato, entre os quais são eleitos pelo parlamento que estiver no poder, na ocasião, sendo apenas a sua minoria oriunda da magistratura de carreira.

O papel político da jurisdição constitucional portuguesa já foi constatado por pesquisa realizada nas decisões proferidas pela Corte Constitucional de Portugal entre os anos de 1983 a 2007, pesquisa publicada em artigo intitulado "Independência Judicial e Grupos Políticos nas Cortes Constitucionais Kelsenianas: O caso de Portugal". Essa pesquisa concluiu que existe uma proporção entre as decisões de inconstitucionalidade e os grupos políticos que indicaram os magistrados para a composição da Corte⁶⁵. Os índices obtidos demonstram que há reflexo direto das linhas partidárias que nomearam os ministros nas respectivas decisões.

Sobre a doutrina portuguesa, vale a pena, trazer a lume a orientação de Jorge Miranda, para quem a jurisdição constitucional é intrinsecamente política e vai além da tecnicidade inerente ao magistado de carreira, pois envolve as consequências decorrentes da invalidação da norma nas esferas econômicas, sociais, culturais, financeiras, que extrapolam o limite do jurídico.

“O que, todavia, distingue o *acto* praticado pelo tribunal do *acto* praticado pelo órgão político está em que o tribunal somente obedece (deve obedecer) a motivações de índole jurídica e o órgão político age (pode agir) de acordo com critérios extrajurídicos. Logo nunca a aplicação da norma constitucional pelo órgão político de garantia reveste o caráter de sucedâneo do primitivo *acto* normativo, que deveria ser constitucional, como se dá com a aplicação pelo órgão jurisdicional; somente o

respaldo nos mandamentos constitucionais. Pelo indelével papel que representa nas sociedades democráticas, setores organizados podem vê-lo como um caminho mais fácil para conseguir seus desideratos políticos do que o processo eleitoral, espaço no qual pairam as mais diversas condicionantes.” AGRA, Walber de Moura. A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.53.

⁶⁵ GREMBI, Verônica *et al.* *Judicial Independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal*. Arquivo em : http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=1156281. Acesso em 04 de abril de 2012.

*acto de garantia jurisdiccional comporta um automatismo jurídico de correção, o Direito violado a restituir-se à sua integridade.”*⁶⁶.

Na realidade brasileira, a competência do Supremo Tribunal Federal é definida por disposição constitucional constante no art. 102 da Constituição Federal.

Em relação ao controle de constitucionalidade, o inciso I, “a” do mencionado artigo dispõe que cabe ao S.T.F. “processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

A competência de “julgar” dada ao Poder Judiciário pela C.F./88 é parcela da soberania estatal decorrente do sistema tripartite de divisão dos poderes por ela adotado. Mais especificamente, a competência da Suprema Corte para processar e julgar ações abstratas de inconstitucionalidade decorre do controle recíproco (“*checks and balances*”) estabelecido entre os poderes estatais, para manter a harmonia entre eles e evitar abusos de poder e arbitrariedades em detrimento dos direitos fundamentais.

O julgamento nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) restringem-se ao posicionamento declaratório final do Tribunal a respeito da constitucionalidade ou não do ato normativo questionado em juízo. É a interpretação deduzida da redação do art.97 juntamente com os parágrafos 2º e 3º do art.103 da C.F./88, que usam o termo “declaração” relativamente ao julgamento daquelas ações⁶⁷.

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1996,p.229/230

⁶⁷ Uma vez que a redação do art. 97 encontra-se na nota de rodapé nº40, transcrevo a seguir respectivamente os parágrafos 2º e 3º do art. 103: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”; “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.” (grifo nosso).

Verifica-se, todas as vezes que a Lei Maior se referiu ao julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, fê-lo sempre tratando de uma declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Ainda definiu no §3º do art.103 que na ação de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal apreciaria o instituto da “inconstitucionalidade” em si e não seus efeitos.

Acresce-se ainda, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade encontram-se no bojo da C.F./88, ao estabelecer a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo S.T.F. nas ações declaratórias de constitucionalidade (§2º do art.102), bem como o efeito meramente informativo da declaração de inconstitucionalidade por omissão (§2º do art.103).

Desse modo, se fosse da vontade do Poder constituinte que a competência do S.T.F. para julgar ações de constitucionalidade se estendesse à definição dos efeitos dessa decisão, teria feito expressamente e não tomado para si o encargo.

Analisando o art. 27 à luz desses esclarecimentos, chega-se à conclusão de que a lei nº9.868/99 da qual faz parte, disciplinou matéria de competência constitucional, concedendo poderes ao Supremo Tribunal Federal não previstos na Carta Magna, ampliando sua competência de julgamento e o risco de interferência político-partidária na fixação de seus efeitos.

Ao contrário dessa assertiva, entretanto, defende o ministro Gilmar Mendes que a modulação é simples juízo de ponderação de direitos já previstos na Constituição, tais como o interesse social e a segurança jurídica, pelo que a previsão legal infraconstitucional seria meramente declaratória e não constitutiva do instituto que, em verdade, seria constitucional. Ele tem acrescentado essa teoria em seus votos, chegando a realizar diferenciação entre a análise do direito propriamente dito, no âmbito da avaliação da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade da lei; do momento de apreciação dos fatos que dizem respeito à eficácia da decisão, âmbito do fato. Veja-se, inclusive, que mesmo aqueles ministros que tenham votado pela constitucionalidade, ou que tenham sucedido ministros aposentados que já haviam votado no mérito da ação, estão autorizados a modular

os efeitos da decisão. Isto porque se convencionou tal separação do âmbito da norma e do âmbito do caso, exatamente como propõe a teoria de Muller vista no capítulo primeiro.

O art.27 da lei nº9868/99 preceitua: para que uma lei inconstitucional tenha sua validade e eficácia reconhecidas por determinado período, possibilitando até a aplicação superveniente de lei inconstitucional, é preciso que o princípio constitucional da nulidade dos atos inconstitucionais seja derogado por outro princípio ou norma constitucional.

Conclui-se, portanto, que a faculdade prevista pelo art. 27, para que o S.T.F. imponha restrições aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, caracteriza-se como inclusão na seara constitucional brasileira de uma função "político discricionária" da Corte, nos moldes dos *hard cases* já previstos por Dworkin.

No Brasil, o S.T.F. tem se pronunciado além do legislador negativo idealizado, tendo inclusive em inúmeros precedentes utilizado a modulação para consolidar estratégias políticas de gestão pela Administração Pública ainda que inconstitucionais, e até fixar prazo para que o Legislativo faça sanar omissões inconstitucionais, sob pena de vácuo legislativo⁶⁸.

Percebe-se, portanto, uma tendência do sistema constitucional brasileiro de aproximar o STF à Corte Constitucional Política, tal como a corte americana ou mesmo a portuguesa, com nítida influência político-partidária, ainda que não exclusivamente determinante para a modulação.

Assim, faz-se necessário situar o papel da Corte brasileira no sistema de *civil law* e *common law* do Direito Comparado .

68 Como por exemplo no caso recente da exigência de regulamentação para os serviços públicos. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/>>.

2.2 Diferenças e convergências dos sistemas de controle de constitucionalidade do *common law* e do *civil law*.

O sistema do *civil law*, inspirado na base romano-germânica, e utilizado pelos franceses após a revolução de 1789, baseia-se na legalidade e na segurança jurídica dela decorrente. Na sua origem, o Judiciário apenas aplicava a lei (função declaratória), sem interpretá-la, no intuito de evitar arbitrariedades nas decisões eivadas de interesses políticos do sistema monárquico anterior.

Já o sistema do *common law*, originado no Direito inglês e aplicado nos Estados Unidos da América, tem como fundamento a força dos precedentes jurisprudenciais, com interpretação ampla das leis. O texto legal, em regra, não é extenso e, por isso, integrado pelas decisões. O Direito é conduzido pela atividade criativa do magistrado.

Contudo, a verdade é que as inúmeras teorias do direito, desde Kelsen, *Dworkin*, Hart e Muller até os dias atuais, vêm firmando que a dicotomia poder criativo e poder declaratório do juiz possui interseções, sobretudo diante dos conceitos indeterminados da norma e da textura da aberta da linguagem.

Segundo Castanheira Neves⁶⁹, por exemplo, integram a decisão jurídica os seguintes elementos: argumento; momento material (“realidade histórico-social”); espírito do sistema (positivado); consciência jurídica geral (“valores e princípios normativos”), uma dialética entre fatos e norma.

O sistema americano, por exemplo, que utiliza tão somente o controle difuso de constitucionalidade, já travou inúmeros debates entre duas correntes doutrinárias: de um lado a do juiz Field, no sentido da natureza declaratória da inconstitucionalidade, com efeitos de até extirpar a norma do mundo jurídico; do outro lado, a posição encabeçada por Bound, de que os efeitos da declaração incidental ficam restritos à entrega da tutela jurídica às partes litigantes. Tribe faz a junção das duas teorias para reconhecer, ainda no controle difuso, o seu

⁶⁹ Castanheira Neves *apud* LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. *Hermenêutica e Argumentação. Uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.183.

caráter transcendental, porque ao se transformar em um precedente tem aceitação genérica para vinculação da conduta na sociedade⁷⁰.

Países do sistema do *civil law* têm inserido a vinculação do precedente como instrumento de segurança jurídica para evitar a diversidade de interpretações de uma mesma norma. Entre eles, destaque para o Brasil, a Alemanha, Portugal e a Argentina⁷¹. Por outro lado, os Estados Unidos da América, inobstante ter aderido o sistema do *common law*, tem inúmeros textos legais escritos⁷².

Desse modo, ambos os sistemas têm adotado como fontes do direito a lei e a jurisprudência com relevância⁷³.

Segundo Alessandro Pizorruo⁷⁴, não haveria mais diferença substancial entre os modelos de controle de constitucionalidade norte-americano e europeu, apenas se mantendo entre os procedimentos de controle difuso ou concentrado.

As semelhanças processuais entre os dois sistemas, segundo a doutrina apontada por Stiefelmann Leal⁷⁵, corresponderiam às seguintes características:

70 TRIBE, Laurence H.. American Constitutional Law. Third Edition. Volume One. New York: Foundation Press, 2000, p.214/215.

71 ATAÍDE JÚNIOR, Jadelmiro Rodrigues. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p.36.

72 MERRYMAN apud ATAÍDE JÚNIOR, Jadelmiro Rodrigues. Ibidem.

73 Idem. ibidem.

74 "No sistema europeu, principalmente na Alemanha e na Espanha, há proximidade com o sistema difuso, através do juízo de prejudicialidade, em que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, assume, em via reflexa, o caráter de nulidade de um ato normativo ou de uma decisão judicial. Nas ações do sistema concentrado, a exemplo do recurso de amparo e do *verfassungsbeschwerde*, somente se pode recorrer ao tribunal constitucional depois da impetração de recurso na última instância, requisito que exige que se esgotem todas as instâncias da jurisdição ordinária, procedimento necessário e igual para que um recurso possa ser decidido pela Suprema Corte norte-americana." PIZORRUSO apud AGRA, Walber de Moura. A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.63.

75 LEAL, Roger Stiefelmann. A Convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 14. n.57. São Paulo: RT, outubro- dezembro de 2006, p.64.

- a. a inserção no sistema europeu do “procedimento de reenvio ou incidente de inconstitucionalidade” que se aproxima do controle incidental;
- b. *stare decisis* do sistema incidental e a eficácia *erga omnes* do sistema abstrato;
- c. modulação de efeitos do controle de inconstitucionalidade;
- d. a moldura da Suprema Corte semelhante às Cortes Constitucionais como limite na apreciação apenas dos casos mais relevantes;
- e. superação do papel de legislador negativo do Judiciário;
- f. criação de modelos *sui generis* que mesclam os sistemas clássicos.

A doutrina cita fatores históricos que provocaram a aproximação dos dois sistemas, tais como o Estado Social, o constitucionalismo, os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais e abertas, as lides coletivas⁷⁶, que teriam possibilitado que os julgamentos do *civil law* incorporassem o *stare decisis* do *common law*.

Como exemplo disso, o sistema processual brasileiro utiliza o efeito vinculante das decisões das Cortes Superiores em recursos repetitivos, das decisões da Corte Constitucional em controle concentrado de constitucionalidade, das decisões do pleno do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade, do reconhecimento de repercussão geral, da súmula vinculante, e da vinculatividade dos julgados dos Tribunais de Justiça, em controle de constitucionalidade estadual.

O Constitucionalismo enfraqueceu a supremacia da lei para possibilitar a sua relativização sob o fundamento a ela superior, o constitucional. A exemplo disso, tem-se a constante relativização da coisa julgada, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça e, sobretudo, pela Corte Constitucional Brasileira, que inclusive afastou a súmula 343 quando a matéria lhe for afeta, admitindo a rescisão de decisões ainda quando a jurisprudência se mostrava divergente à época de sua prolação. O poder criativo do Judiciário foi ampliado como no sistema do *common law*.

⁷⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Jadelmiro Rodrigues de. Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p.271.

No Brasil, apesar do controle difuso de constitucionalidade ser exercido por magistrados de carreira, a atuação destes tem sido mitigada com os precedentes vinculativos de recursos repetitivos, as súmulas vinculantes, a modulação de efeitos do controle de constitucionalidade abstrato que adentra no mundo fático para desconsiderar relações jurídicas, e os efeitos *erga omnes* dos julgamentos do Pleno da Corte Suprema de Constitucionalidade.

O Estado Social e a ineficiência dos poderes estatais contribuíram para o ativismo judiciário e para a prestação jurisdicional positiva das decisões de controle de constitucionalidade, que, no Brasil, passaram a admitir a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade além de algumas intervenções nas políticas públicas fixando prazos de duração para as estratégias inconstitucionais e prazos para sanar a inconstitucionalidade, tanto para o Executivo quanto para o Legislativo.

Aponta ainda a doutrina⁷⁷ para as seguintes características do *common law* presentes no sistema brasileiro: Cortes superiores com poucos ministros; seleção das espécies de matérias submetidas a Cortes Superiores, além da limitação de admissibilidade prevista na Carta Magna, os institutos da repercussão geral e da lide representativa da controvérsia; e a escolha política dos ministros do STF.

Há, ainda, o movimento de “aprimoramento democrático do processo constitucional”, com o alargamento do polo ativo das ações constitucionais, com a inserção, por exemplo, da ADPF, e a relevância da opinião pública com a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nas ações de constitucionalidade.

A partir da objetivação do controle difuso e da subjetivação do sistema de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, aproxima-se a função judicante constitucional à função concretizadora da norma preceituada por Friedrich Muller, numa inter-relação entre texto e realidade, âmbito do caso e âmbito da norma.

⁷⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Jadelmiro Rodrigues de. *Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal.* Curitiba: Juruá, 2012, p.43.

Pizzorosso justifica o efeito transcendental do controle difuso, que integra o papel garantista do Tribunal, que exerce o controle incidental em colaboração com os juízes. As decisões, inobstante se referirem a um processo concreto, detêm caráter geral para tutelar interesses de grupo ou coletivos.⁷⁸

Apesar das semelhanças dos aspectos processuais, Leal aponta para a essência da dicotomia entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade, como aquela que reside nas diferenças entre o exercício da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional⁷⁹.

Segundo Louis Favoreu⁸⁰, “os sistemas são distintos precisamente porque observam peculiaridades culturais e políticas, que vão além da mera ritualística processual.”.

O sistema norte-americano se caracterizaria pela estrutura monista em que o mesmo órgão exerce simultaneamente as duas jurisdições, e o sistema europeu aplicaria o sistema dualista, que reserva à Corte Constitucional a função exclusiva de decidir pela validade da lei. Para aquele autor, o sistema misto se enquadraria na estrutura monista do modelo norte-americano⁸¹, por não possuir uma Corte Constitucional exclusiva.

A respeito, completa Jorge Miranda que só seria possível a estrutura monista inspirada no sistema norte-americano se, como nos EUA, os magistrados forem escolhidos a partir de um processo eleitoral e não por seu conhecimento técnico⁸².

78 PIZORUSSO, Alessandro. *Leciones de Derecho Constitucional*. Volume II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.9-10.

79LEAL, Roger Stiefelmann. A Convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 14. n.57. São Paulo: RT, outubro-dezembro de 2006, p.74.

80 FAVOREU, *apud* LEAL, A Convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 14. n.57. São Paulo: RT, outubro-dezembro de 2006, p.78

81 LEAL, Roger Stiefelmann. A Convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 14. n.57. São Paulo: RT, outubro-dezembro de 2006, p.75.

82 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra:Coimbra Editora, 2001, t.VI, p.21.

A teor do modelo proposto por Jorge Miranda, Portugal adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade. A Corte Constitucional portuguesa utiliza o sistema de investidura de seus membros mediante eleição.

No Brasil, que adota o sistema misto, o S.T.F., entretanto, integra o Poder Judiciário e como visto não detém natureza de Corte Constitucional.

Constata-se, entretanto, que as aproximações de institutos do *civil law* e do *common law* e, principalmente, a sistemática processual brasileira para o uso de súmula vinculante, os efeitos dos recursos repetitivos, a exigência de repercussão geral para os recursos extraordinários, a inadmissibilidade recursal, quando afronta jurisprudência dominante, tem permitido que, mesmo no sistema dualista de jurisdição, a força política das decisões de inconstitucionalidade prevaleça.

A norma constitucional seria, então, o ponto de partida da decisão, segundo complementa Friedrich Muller, e a decisão de inconstitucionalidade abrangeria muito além do texto da lei.

Segundo a doutrina, a problemática da hermenêutica constitucional, inclusive na realidade brasileira, passa pelos seguintes pontos:

- a. a norma constitucional é intrinsecamente indefinida e fragmentária (ex. normas programáticas);
- b. necessita-se considerar o contexto social brasileiro;
- c. na hermenêutica constitucional, admite-se a oposição de concepções subsuntivas às casuísticas.
- d. interpretação objetiva é mitigado inevitabilidade da subjetividade.

Nesse contexto, o modelo de solução proposto por Müller é o de uma nova teoria da norma. A norma produzida por um processo complexo, que vai além do texto da Constituição e das leis em geral.

Segundo a metódica estruturante e concretizadora do direito “o resultado da interpretação de uma norma, constitucional ou não, torna-se conteúdo daquela norma”⁸³.

Para a real compreensão de como o Judiciário brasileiro lida com a modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade tributária, diante das similitudes e dessemelhanças entre os modelos de controle de constitucionalidade, passa-se ao estudo das inovações trazidas pelo art.27 da Lei nº27 da Lei nº9868/99, e sua aplicação pelo plenário do S.T.F, o que será constatado *a posteriori* no capítulo destinado a estudos de casos.

83 MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

3. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO À LUZ DA LEI Nº 9.868/99, E AS INFLUÊNCIAS DO SISTEMA KELSIANO.

3.1 Origem: Supremacia e Rigidez Constitucional.

O princípio da supremacia constitucional decorre da hierarquia das normas já defendida por Kelsen, onde a “lei fundamental” seria pressuposto de validade das demais leis, situando-se no ápice da pirâmide. Daí, entendeu-se que todos os atos normativos que contrariassem a Carta Magna de um Estado seriam ditos por inconstitucionais.

O princípio da supremacia, regulamentado positivamente, pela primeira vez, na Constituição norte - americana de 1787, decorreu simplesmente do próprio caráter rígido da Magna Carta, que impediria qualquer mutação ou revogação de seu texto por leis ordinárias. Na prática, a relevância desse princípio teria emergido, não de disposições legais, e sim da jurisprudência americana, através da qual o juiz Marshal proferiu seu voto no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, sustentando a supremacia da norma constitucional, em detrimento da infraconstitucional, sendo esta última julgada insubsistente, reconhecendo o poder-dever do judiciário em negar a aplicação das leis ditas inconstitucionais^{84 85}.

84 CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, p.46-47.

85 O julgamento conhecido como *Marbury versus Madison*, entretanto, foi motivado por uma controvérsia de natureza política em que o juiz Marshall que o julgou, integrava a bancada federal dos juízes legalistas, e havia sido recém-nomeado juiz de um distrito de Columbia no final do mandato do governo de Adams (presidente conservador), numa série de atos denominados “*Midnigth Judges*”, com a criação de 42 novas vagas. Contudo, como a nomeação foi assinada no último dia do mandato de Adams, não deu tempo de entregá-la antes da posse do presidente eleito da oposição, Jefferson. Assim, o Secretário de Estado do novo governo, James Madison se recusou a ratificar a referida nomeação e levou o caso à Suprema Corte. O chefe de justiça Marshall, então, para evitar um confronto direto com o presidente Jefferson, declarou inconstitucional o estatuto jurisdicional, entretanto, estendeu a decisão para declarar a ilegalidade do ato praticado pelo chefe de Estado Madison, reforçando a competência constitucional do Poder Judiciário (*judicial review*) em revisar os atos do Poder Executivo, inclusive nas hipóteses de afronta à Lei Fundamental. Assim, a decisão produziu efeitos doutrinários que mudaram a perspectiva do papel do Judiciário como guardião da Constituição influenciando, inclusive, outros sistemas constitucionais no Direito Comparado, desvinculando-se da contenda política que a originou. A época em que foi dada a decisão também propiciou tal repercussão. O Legislativo estava propenso a ignorar os princípios para agrandar o poder dominante e não havia previsão de que o Judiciário pudesse exercer papel político na sociedade. Juízes federalistas como Marshall tinham a intenção de podar os excessos de poder decorrentes da revolução de 1800 do governo de Jefferson (TRIBE, Laurence

Contudo, a doutrina americana aponta que antes mesmo da referida decisão paradigma, estudiosos sem subvenção federal ou interferências políticas, já vinham defendendo, desde 1780, o *judicial review* pelo Poder Judiciário na tutela constitucional.⁸⁶

Surge então a ideia de inconstitucionalidade, diferenciada daquela de mera ilegalidade, que apenas contraria reflexamente o princípio da hierarquia das leis, e não a própria Constituição Federal⁸⁷.

Inicialmente, definiu-se por inconstitucional a lei “incompatível ou inconciliável”, total ou parcialmente, com a Constituição Federal⁸⁸. A inconstitucionalidade seria o “conceito de relação”, de caráter normativo e valorativo, entre a Constituição e um ato a ela contraveniente, correspondente a uma ação ou omissão de um dos três órgãos do Estado, descumprindo a norma jurídica prevalecente⁸⁹.

A partir de então, emergiram dúvidas e discussões quanto à configuração, ou não, de inconstitucionalidade, quando a incompatibilidade de lei se apresentasse face ao espírito da Constituição, sem que houvesse dispositivo expresso sobre o assunto.

A esse respeito, Lúcio Bittencourt⁹⁰ conclui que, ao buscar o verdadeiro sentido da norma constitucional, analisando seu “espírito”, poder-se-ia entender que determinado dispositivo legal é inconstitucional. Mas, seria duvidoso fazê-lo, se inexistisse norma constitucional expressa, supostamente violada, que tratasse da matéria.

H..American Constitutional Law. Third Edition – volume one. New York: Foudation Press, 2000, p.212/213) .

86 TRIBE, Laurence H..American Constitutional Law. Third Edition – volume one. New York: Foudation Press, 2000, p.210.

87 Ernani Fidélis dos Santos. O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Revista dos Tribunais, ano 79, vol.661, novembro de 1990, p.28.

88 C. A. Lúcio Bittencourt. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Atualizado por José Aguiar Dias. Série: Arquivos do Ministério da Justiça. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.53.

89 MIRANDA, Jorge *apud* LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Cadernos de direito constitucional e ciência política, vol 7, nº27, abr/jun, 1999, p.186-187.

90 BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Atualizado por José Aguiar Dias. Série: Arquivos do Ministério da Justiça. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.54-55.

Nos Estados Unidos da América, a inconstitucionalidade apareceu como sinônimo de nulidade. A lei ou ato inconstitucional seria inválido, e, portanto, teria seus efeitos cancelados, tornando-se também ineficaz⁹¹.

Todavia, como aponta o juiz federal Hélio Ourem Campos⁹², em seu artigo intitulado “Cortes Constitucionais a Dinâmica do Poder”, já na origem do controle difuso norte-americano subsistiam divergência entre os juízes acerca da competência da Suprema Corte declarar essa nulidade.⁹³ Posteriormente, as divergências persistiram acerca da possibilidade de modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, surgindo hipóteses em que os juízes afastaram a nulidade⁹⁴.

No Brasil, adotou-se parte do sistema difuso norte - americano (com exceção do *stare decisis*) pela Constituição pátria de 1890. Mas, foi o insigne jurista Rui Barbosa que introduziu, e consolidou, a interpretação do conceito de inconstitucionalidade, no ordenamento jurídico, como sinônimo de nulidade.

Em defesa da estabilidade das patentes militares e da inamovibilidade das funções civis de caráter vitalício, garantidos pela Constituição e violados pelo Poder Executivo, Rui

91 CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, p.115-116.

92 CAMPOS, Hélio Ourem. Cortes Constitucionais a Dinâmica do Poder. Separata da Revista O Direito. Ano 142, V.Almedina, 2010, p.889-1003.

93 A divergência apontada pelo autor se refere ao posicionamento do juiz estadual da Suprema Corte da Pensilvânia, chamado Gibson, no caso *Eaking v. Raub* de 1825. (CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. Cortes Constitucionais e a Dinâmica do Poder. Separata da Revista O Direito. Ano 142, V.Almedina, 2010,p.990). Em contrapartida, a teoria de Marshall foi ganhando adesão na doutrina de Thomas Cooley, *Constitutional Limitations*. 5th ed. 1883, e perante outros juízes tais como Field, no caso *Norton . Shelby County*, 118 U.S. 425, 442 (1886). (TRIBE, Laurence H..*American Constitutional Law*. Third Edition. Volume one.New York: Foundation Press, 2000, p.214).

94 Precedentes de natureza criminal: *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965), *Griffith v. Kentucky* 479 U.S. 314 (1987); habeas corpus : *Mackey v. United States* 401 U.S. 667, 675 (1971), *Desist v. United States* 394 U.S. 244, 256 (1969), *Teague v. Lane* 489 U.S. 288 (1989). Precedente de natureza civil: *Harper v. Virginia Department of Taxation* 509 U.S. 86 (1993), *Davis v. Michigan Dept. Of Treasury* 489 U.S. 803 (1989), *American Trucking Associations inc. v. Smith* 496 U.S. At 210, *American Trucking Association Inc. v. Gray* 288 ark. 488, 707 S.W.2d 759 (1986), *American Truckin Association Inc. v. Scheiner*, 510 Pa. 430, 509 A.2d 838 (1986). (TRIBE, Laurence H..*American Constitutional Law*. Third Edition. Volume one.New York: Foundation Press, 2000, p.214, 217, 221, 225 e 227).

Barbosa sustentou, pela primeira vez no Brasil, que “atos inconstitucionais são atos nulos, e que atos nulos não surtem resultado legal”⁹⁵.

Para ele, “toda lei, que cerceie instituições e direitos consagrados na Constituição é inconstitucional”, e acrescenta “toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais é, de sua essência, nula”⁹⁶.

Complementa essa visão, a posição de Orlando Bitar⁹⁷ que coloca a nulidade como sanção em potencial, que qualifica o ato como inconstitucional e dele faz parte.

Dito entendimento foi consagrado pela doutrina e jurisprudência pátrias, unanimemente, até que, com a adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade, admitiu-se também o modelo abstrato austríaco. Mais tarde, sob influência do sistema alemão, essa visão foi sofrendo alterações para se adaptar aos casos concretos analisados pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a “importação” desse sistema abstrato, a doutrina da nulidade *ex tunc* foi sendo atenuada pelas decisões jurisprudenciais. Como exemplo, destaca-se a criação do “funcionário de fato”, no RE 78.594, relatado pelo Ministro Bilac Pinto, reconhecendo a validade da designação de oficial de justiça, com base em lei estadual declarada inconstitucional⁹⁸.

Percebe-se aí, a atuação da Corte Constitucional, como aquela que decidirá, além do positivismo legalista, que tão somente aplica a norma e, a partir de critérios políticos, econômicos, sociais julga a constitucionalidade e modula seus efeitos para o futuro, preservando relações jurídicas constituídas sob a égide da norma tida como inconstitucional.

95 Rui Barbosa. Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo. In: Obras Seletas de Rui Barbosa, Trabalhos Jurídicos, vol.XI. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p.26.

96 Idem. Ibidem, p.46 e 50.

97 Acrescenta Orlando Bitar: “constitucional será o ato que não incorrer em sanção de nulidade por ter sido criado por *autoridade constitucionalmente competente e sob a forma* que a Constituição prescreve para sua perfeita integração. Inconstitucional será o ato que incorrer nessa sanção precisamente porque assumiu características antinômicas do ato constitucional: incompetência e preterição de forma”. Orlando Bitar. *A lei e a constituição*. In: Obras completas, vol.2. Brasília: Conselho federal de cultura e departamento de assuntos culturais, 1978, p.39.

98 Gilmar Ferreira Mendes. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p.279-280.

Ainda, polêmica de maior monta decorreu das decisões do STF nos recursos extraordinários nº105.789 e nº122.202, quando os ministros relatores, Carlos Madeira e Francisco Rezek, respectivamente, defenderam o princípio da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados contra a nulidade da lei declarada inconstitucional, que instituiu seu aumento, sendo este último mantido⁹⁹.

Aberto o precedente, seguiram-se reiteradas decisões da Corte Suprema no mesmo sentido, dando ensejo ao crescimento de uma nova concepção pátria de “inconstitucionalidade”, excepcionada com base na teoria da anulabilidade, enunciada por Kelsen como regra¹⁰⁰.

Na Itália, segundo Pizzoruso, ainda que sob a inconstitucionalidade formal, normas inconstitucionais seriam válidas a depender de suas consequências no mundo jurídico, mantendo a validade desde ainda que, por outra via no curso do procedimento, viesse a ser satisfeita a proteção pretendida pela norma infringida.¹⁰¹ Para o autor, o controle de constitucionalidade formal ou material é sempre controle de legitimação, e nunca discricionário (deixando o juízo de oportunidade para as decisões do Parlamento).

Na Alemanha, sob influência do modelo austríaco, instituído pela ideia Kelsiana, começaram a distinguir a inconstitucionalidade como mera incompatibilidade, em contraponto com inconstitucionalidade como nulidade. Há distinção entre validade e legitimação da norma quanto à análise de sua inconstitucionalidade.

No primeiro caso de incompatibilidade, inexistiria nulidade *ex tunc* da lei, impondo-se ao Poder Legislativo, que pela técnica da derrogação (*ex nunc*), substitua a norma

99 LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Cadernos de direito constitucional e ciência política, vol 7, nº27, abr/jun, 1999, p.199.

100 Para Hans Kelsen, a lei inconstitucional é válida e anulável e nunca nula, tendo em vista a impossibilidade de existir nulidade dentro da ordem jurídica. Assim, a declaração de inconstitucionalidade de lei teria caráter constitutivo e consistiria na revogação daquela. (Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.306-307.).

101 PIZZORRUSO, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional. Colección Estudios Constitucionales'. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.13 e 16.

inconstitucional em prazo fixado pela decisão de inconstitucionalidade. Durante esse prazo, será admitida a constitucionalidade provisória da norma.¹⁰²

Um dos precursores na defesa da tese alemã kelsiana, no Brasil, é o ministro Gilmar Ferreira Mendes, autor do projeto de lei nº2.960/97, que facultou ao STF a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, inclusive possibilitando seus efeitos *ex nunc* e *pro futuro*, a fim de reconhecer eficácia e validade a determinada lei inconstitucional, afastando o princípio da nulidade, por razões de “segurança jurídica ou excepcional interesse social”¹⁰³.

Desse modo, o conceito de inconstitucionalidade apresentar-se-ia dissociado do de nulidade, constituindo este último, juntamente com a anulabilidade, em efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade. Tais institutos de invalidação do ato estariam situados fora do conceito de inconstitucionalidade, possibilitando a declaração desta sem a pronúncia de nulidade. Nesse caso, a sanção inerente à inconstitucionalidade consistiria na sua mera retirada do ordenamento jurídico¹⁰⁴.

Já na Espanha, a sentença 45/1989, marco normativo da modulação de eficácia da decisão inconstitucional, introduziu no sistema espanhol teoria abstrata, não prevista expressamente nas normas positivadas, mas implícito no princípio da segurança jurídica: a inexistência da nulidade plena dos atos inconstitucionais¹⁰⁵. A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional preceitua que inobstante a regra geral corresponda ao binômio

102 ENTERRIA, Eduardo Garcia. Justicia Constitucional: La Doctrina Prospectiva em la Declaracion de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales. Revista de Direito Público nº92, ano 22, outubro-dezembro de 1989, p.9.

103 Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p.265.

104 LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Cadernos de direito constitucional e ciência política, vol 7, nº27, abr/jun, 1999, p.188-189.

105 ENTERRIA, Eduardo Garcia de. Justicia Constitucional: La Doctrina Prospectiva em La Declaracion de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales. Revista de Direito Público nº92, outubro-dezembro e 1989, p.10.

inconstitucionalidade-nulidade, compete ao Tribunal definir em cada caso o alcance e a retroatividade ou não desses efeitos.¹⁰⁶

A tese da anulabilidade foi recepcionada em nosso ordenamento jurídico pelo art. 27 da Lei nº9868/99¹⁰⁷, originária do projeto supramencionado, sob o fundamento de que “a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.”¹⁰⁸.

Conclui-se, portanto que, no Brasil, o conceito de inconstitucionalidade consiste na ação ou omissão do Poder Público (Executivo, Legislativo ou Judiciário), através de atos normativos¹⁰⁹ ou da ausência deles, infringindo preceitos constitucionais, gerando efeitos, em regra, de nulidade, mas podendo ser atribuída a anulabilidade por declaração judicial.

Diante dessa assertiva, mister se faz analisar os elementos do instituto da inconstitucionalidade, a fim de melhor compreender sua abrangência.

3.2 O objeto da inconstitucionalidade.

Como esclarecido no item anterior, a inconstitucionalidade se apresenta por “ação ou omissão dos órgãos do Poder Público”, em desobediência à Constituição.

106 Lei orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol dispõe em seu fundamento 11º: “*las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas*”, ni essa vinculacion entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad em lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance em cada caso”. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Justitia Constitucional: La Doctrina Prospectiva em La Declaracion de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales*. Revista de Direito Público nº92, outubro-dezembro e 1989, p.10.

107 Dispõe o art. 27 da Lei nº9868/99 : “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

108 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1998, p.265.

109 Quanto ao Judiciário, considera-se, aqui, a sentença ou acórdão como lei entre as partes.

Qualquer ato administrativo, legislativo ou jurisdicional, oriundos dos três órgãos que compõem o Estado, poderá ferir determinações constitucionais e, portanto, se revestir de inconstitucionalidade.

Essa característica é típica decorrência da supremacia constitucional, sendo encontrada em todos os meios de controle constitucional existentes no Direito Comparado.

Todavia, o objeto peculiar de fiscalização constitucional refere-se à omissão no exercício das funções estatais. O controle de constitucionalidade sobre a “omissão inconstitucional” é raro, apresentando-se pelo menos nos sistemas português, brasileiro, alemão e austríaco.

Omissão, aqui, significaria a desobediência à obrigação constitucional de se fazer algo no caso concreto, caracterizando-se uma lacuna inconstitucional¹¹⁰. Trata-se, *in casu*, de violação a preceito constitucional determinado, norma individualizada¹¹¹, que dependa de regulamentação.

Em Portugal, admite-se a omissão tão somente do Poder Legislativo, na elaboração de “medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”¹¹². Constatada a inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, comunica-se ao Legislativo (art.283, °II da Magna Carta portuguesa) para que tome as providências cabíveis. Para Canotilho, trata-se de um verdadeiro “limite material de revisão”¹¹³.

Na proteção constitucional contra possíveis omissões, o Brasil se sobressai com grande avanço, ao admitir omissões inconstitucionais em qualquer função do Poder Público

110 CANOTILHO, J.J. Gomes *apud* Clèmerson Merlin Clève. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.52.

111 FERRARI, Regina Maria Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.224.

112 Art. 283, °I da Constituição portuguesa, transcrito em Gilmar Gilmar Ferreira Mendes. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p.57.

113 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.979.

(art. 103 da C.F./88), entretanto, não possui técnica de coação para o cumprimento pelo Legislativo.

Quanto ao sistema alemão, o Tribunal Constitucional se sobrepõe ao Poder legislativo para evitar arbitrariedades pela concentração de poder no Parlamento, segundo notícia Hesse¹¹⁴.

Na Espanha, o Judiciário chega a substituir a omissão inconstitucional do Legislativo¹¹⁵.

Na função legislativa, ocorre a omissão inconstitucional quando o legislador, obrigado positivamente pela Constituição, não integra as normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, deixando de elaborar as leis imprescindíveis para fazer valer as disposições da Carta Magna, ou ainda, quando não cumpre outros atos exigidos pela Lei Máxima, como por exemplo, deixar de exercer atos de fiscalização, atos de julgamento e atos de autorização, de aprovação e de fixação, nos termos dos arts. 49, X, 70, 86 e 49 da C.F./88.

Quanto à função administrativa, o Executivo é omissor quando deixa de cumprir sua competência constitucional em expedir regulamentos de exequibilidade de leis integrativas, ou mesmo fique inerte em desobediência à imposição expressa da Constituição.

O Judiciário comete omissão inconstitucional com a “denegação da justiça”, inatividade do próprio S.T.F. como guardião da própria Lei Maior¹¹⁶, por exemplo.

Assim, nota-se que a ação ou omissão inconstitucional desrespeita a Magna Carta de diversas formas e modalidades, a depender da extensão da inconstitucionalidade, além do conteúdo, tipo (normas ou princípios) e da forma que apresenta o preceito constitucional

114 HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre:1998.

115 ENTERRIA, Eduardo Garcia. *Justicia Constitucional: La Doctrina Prospectiva em la Declaracion de Ineficacia de las Leyes Inconstitucionales*. Revista de Direito Público nº92, ano 22, outubro-dezembro de 1989.

116 FERRARI, Regina Maria Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.219-225.

infringido (expresso ou implícito). Por conseguinte, foi dedicado um subitem exclusivo para identificação de algumas espécies de inconstitucionalidade admitidas pelo sistema brasileiro.

A inconstitucionalidade de determinado ato normativo pode se apresentar de várias maneiras, como por exemplo: formal ou material, direta ou indireta, total ou parcial, todas especificadas a seguir.

De acordo com a doutrina clássica, os atos normativos eivados de vícios formais são inconstitucionais na sua exteriorização (“forma final”) ou no seu procedimento de formação, enquanto classifica-se como inconstitucional de forma material o ato normativo viciado em seu conteúdo¹¹⁷. Complementa Gilmar F. Mendes que “os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência”, ao mesmo tempo em que a inconstitucionalidade material abrange contradições do ato com a Constituição, e também o excesso do Poder legislativo¹¹⁸.

Já a inconstitucionalidade direta é resultante da contrariedade a mandamento expresso da Constituição, e o conflito indireto corresponde à “inobservância de fórmulas ou condições prescritas pela Carta fundamental”. Para Lúcio Bittencourt, ambas são ofensas de “lei contra o direito”, e, portanto, inoperantes¹¹⁹.

No entanto, há parte da doutrina que, apesar de sustentar que a forma indireta não passa de uma ilegalidade, defende a possibilidade de admiti-la com caráter de violação de preceito ou de princípio implícito no texto constitucional¹²⁰. Lúcio Bittencourt complementa que o Direito constitucional brasileiro não é taxativo, apenas exemplificativo, quanto à

117 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.1.013-1014.

118 MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p.32 e 36.

119 BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Atualizado por José Aguiar Dias. Série: Arquivos do Ministério da Justiça. 2ª ed.. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.61.

120 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.56.

enumeração das garantias fundamentais, nos termos do art. 144 da Constituição, que são ampliadas com a interpretação dos princípios nela implícitos¹²¹.

Acrescente-se ainda que, sendo pacífico na jurisprudência pátria, que a inconstitucionalidade poderá ser total ou parcial, porque o vício de inconstitucionalidade surge na parte do ato normativo que confronta a Constituição, podendo a parte que é constitucional sobreviver por si. Sendo assim, apenas um determinado artigo de lei poderá ser declarado inconstitucional, permanecendo intacta a norma.

A fiscalização de todas essas espécies de inconstitucionalidade compete aos próprios Órgãos do Poder Público, que, de maneira preventiva ou repressiva, exercem controle recíproco e inibem qualquer arbitrariedade ou abuso de poder, no exercício da soberania estatal.

A seguir, passamos apenas à análise descritiva do controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, nos moldes da Constituição brasileira de 1988.

3.3 O controle jurisdicional de constitucionalidade disciplinado na C.F/88.

O controle jurisdicional de constitucionalidade faz parte do sistema de controles recíprocos da divisão tripartite dos poderes estatais, estabelecida no Brasil para favorecer a harmonia e independência entre eles e, conseqüentemente, manter o Estado Democrático de Direito.

O sistema jurisdicional de constitucionalidade, disciplinado na Carta Magna de 1988, é modalidade de controle repressivo, que promove a cessação de um estado de inconstitucionalidade já instaurado por ato normativo que tenha infringido a Constituição Federal, conforme explicitado no capítulo anterior. Dito sistema de fiscalização apresenta-se,

121 C. A. Lúcio Bittencourt. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Série: Arquivos do Ministério da Justiça. 2ª ed.. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 88-90.

no Brasil, sob dois aspectos: difuso ou concreto, e abstrato ou concentrado, ambos percorridos a seguir:

3.3.1. Controle de constitucionalidade pela via difusa.

O controle de constitucionalidade pela via difusa, introduzido no Direito Constitucional pátrio desde o início da República e inserido expressamente a partir da Constituição de 1891, é um instituto herdado do sistema norte-americano, e decorre do princípio da supremacia constitucional. Através dele, permite-se que todo e qualquer cidadão brasileiro recorra ao Judiciário em busca de uma solução para seu conflito individual, e, incidentalmente, requeira a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que cerceie o livre exercício de seus direitos constitucionalmente garantidos, como pressuposto para solucionar sua lide. Inicialmente era aceita apenas como tese de defesa. Hoje, admite-se o pedido difuso tanto pelo autor quanto pelo réu, em qualquer fase processual, salvo em sede de recurso especial por não se tratar de matéria infraconstitucional¹²² (STJ, Recurso Especial nº1135354/PB, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 27 de fevereiro de 2013), e restrita à matéria prequestionada e de ofensa direta à Constituição para ser objeto de recurso extraordinário (STF, Recurso Extraordinário nº117.805/PR, publicado no Diário da Justiça de 27 de agosto de 1993).

O Superior Tribunal de Justiça exercerá controle incidental de inconstitucionalidade nas causas que lhe forem submetida por competência originária.

Também é legítimo para suscitar a declaração incidental da inconstitucionalidade o Ministério Público quando atuar no feito como fiscal da lei, ou mesmo um terceiro interveniente, até porque de há muito tempo foi pacificado pela Suprema Corte que é matéria cognoscível de ofício pelas instâncias ordinárias (STF, Recurso Extraordinário nº86.161/GO,

¹²² O Superior Tribunal de Justiça exercerá controle incidental de inconstitucionalidade nas causas que lhe forem submetida por competência originária ou por recurso ordinário (artigo 105, incisos I e II da Constituição). No recurso especial tão somente é admitido o exercício do controle incidental se a questão constitucional surgiu apenas na instância especial e não se refere a questão constitucional afeta ao tribunal inferior (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.82).

publicado no Diário da Justiça de 11 de maio de 1979). Ressalte-se que a instância recursal está submetida a reserva de plenário prevista no art.97 da Constituição, e ao pronunciamento de maioria absoluta dos membros ou de órgão especial (inciso XI) para a declaração da inconstitucionalidade, ressalvando-se apenas as hipóteses nas quais a inconstitucionalidade já houver sido decretada pelo plenário ou órgão especial do tribunal ordinário a qual está afetada a questão, ou pelo pleno do Tribunal Supremo, ou nos casos nos quais a matéria for de revogação e não de validação de norma, ou mesmo quando o órgão fracionário rejeitar a arguição incidental e lavrar o acórdão pela constitucionalidade.

Na submissão da matéria ao plenário ou Corte Especial do tribunal ordinário, admite-se o pronunciamento do Ministério Público, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato impugnado, dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, e de outros órgãos ou entidades admitidos expressamente por despacho irrecorrível (nos moldes dos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 482 do Código de Processo Civil).

No caso do Tribunal Supremo, a apreciação incidental da inconstitucionalidade não depende de prévio acórdão do órgão fracionário, bastando que a turma submeta a apreciação ao plenário para que ele julgue diretamente a causa

Consiste em controle por via de exceção ou defesa, permitindo a qualquer juiz exercer a fiscalização do cumprimento dos preceitos da Carta Magna, ao verificar se determinado ato normativo encontra-se com ela compatibilizado, sob pena dele ser declarado inconstitucional, e deixado de ser aplicado ao caso concreto posto em discussão em determinada ação individual.

A declaração incidental de inconstitucionalidade é questão prévia, em que se fundamentará o julgamento final do processo, em ações de procedimento ordinário, sumário ou especial¹²³. Exige-se que exista um conflito concreto ou ameaça de conflito concreto, numa relação processual subjetiva.

123 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p73.

Há precedentes jurisprudenciais admitindo a apreciação incidental da inconstitucionalidade, inclusive, em sede de ação popular (STF, Questão de Ordem em Ação Originária nº506/AC, publicada no Diário da Justiça de 04 de dezembro de 1998) e de ação civil pública (Recurso Extraordinário nº227.159/GO, publicado no Diário da Justiça de 17 de maio de 2002), desde que tal declaração envolva questão concreta e não a lei em tese.

No controle incidental, admite-se a impugnação a leis federais, estaduais e municipais, bem como a atos normativos secundários, como por exemplo regulamento ou portaria, anteriores ou posteriores à Constituição. Essa característica também difere essa espécie de controle incidental da regra geral destinada ao controle abstrato, porque esta última, a exceção da arguição de preceito fundamental¹²⁴, admite em regra impugnação apenas das leis ou atos normativos federal ou estadual não revogados pela Carta Magna em vigor

Trata-se de verdadeira atividade jurisdicional de composição de conflitos, que fará coisa julgada, em regra, *inter partes*. Acerca da coisa julgada, vale destacar que sendo a declaração incidental questão que integra a fundamentação e não o dispositivo da decisão, sobre ela não recairia a imutabilidade preclusiva do instituto. Segundo previsão no art.52, inciso X da Constituição, seria necessário resolução do senado, através de ato político de mérito administrativo retirar a norma em definitivo do ordenamento jurídico para garantir essa imutabilidade.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal lhe tem atribuído a mesma extensão e o mesmos efeitos *erga omnes* da ação direta quando a declaração incidental for proferida pelo órgão plenário da Corte Constitucional, tornando obsoleta a resolução do Senado.

Ressalva, entretanto, a doutrina¹²⁵ a manutenção das situações concretas consolidadas pela coisa julgada, pela boa-fé, pela prescrição e decadência ou ponderação de

124 A ADPF admite impugnação de atos legislativos em geral, atos normativos secundários, e até já revogados pela Constituição Estadual ou federal em vigor (art.1º, parágrafo único, inciso II da Lei nº9.882/99).

125 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p92.

bens e interesses em conflito, segundo o precedente do STF, no RMS nº17.976/68, publicado no Diário da Justiça de 26 de setembro de 1969.

Passa-se a apreciação das características do controle direto de constitucionalidade.

3.3.2 Controle de constitucionalidade pela via direta .

Esse sistema refere-se ao controle de constitucionalidade da lei em tese, abstratamente considerada, para fazer cessar inconstitucionalidade de ação ou omissão de ato normativo, retirando-o do ordenamento jurídico ou declarando a inconstitucionalidade da inexistência da norma. Essa a questão principal a ser julgada.

O objeto das ações é lei ou ato normativo federal, a teor do previsto no art.59 da Constituição Federal: emendas à Constituição (ADIN nº939, ADIN nº833, ADIN nº829, ADIN nº1420), leis complementar e ordinária, federais ou estaduais, bem como medida provisória (quando ocorra excesso de poder de legislar admite-se julgar improcedentes a urgência ou a relevância da medida), leis delegadas (pode ser impugnada a resolução do Congresso Nacional que veicula a delegação ou a lei delegada em si mesma), decretos legislativos e resoluções autônomas (ADIN nº2098/AL). Além deles, a Constituição Estadual, os atos normativos secundários autônomos, os tratados internacionais incorporados no ordenamento pátrio como lei, as leis editadas pelo Distrito Federal, desde que no exercício da competência estadual.

As sumulas não estão incluídas no rol supra indicado, por não serem detentoras de natureza normativa. Mesmo quando vinculantes a Administração Pública e ao Judiciário, quando inconstitucionais a Carta Magna prevê no §2º do art.103-A que os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade podem propor a sua revisão ou cancelamento, com o quorum qualificado de 2/3 dos membros da Corte Suprema, o que difere da sistemática do controle pela via direta (art.103-A, caput e Lei nº11.417/2006).

Em regra, não cabe controle direto de inconstitucionalidade contra instruções normativas, atos normativos expedidos por autoridades fazendárias, lei formal de conteúdo

administrativo e com efeitos concretos¹²⁶, decretos regulamentares, salvo, nesta última hipótese quando não existir lei que anteceda o ato regulamentar (ADIN nº590-DF). Igualmente não cabe o controle jurisdicional preventivo contra proposta de emenda ou projeto de lei, impugnáveis apenas sob o controle difuso, a exemplo dos julgados do Supremo proferidos nos mandados de segurança nº20.257, nº21747, nº21.642 e nº21.648.

As condições para ser objeto de controle direto de constitucionalidade é possuir “abstração, generalidade e impessoalidade”.¹²⁷ Igualmente exige-se que se trate de norma em vigor, não se valendo a ação direta genérica para impugnar normas infraconstitucionais anteriores revogadas pela atual Constituição ou por outra lei superveniente. A ofensa tem que ser direta à Constituição, e não cabe por ofensa reflexa, quando as normas infraconstitucionais reproduzem as normas constitucionais, e nem tampouco por ofensa a tratado internacional que internamente integrou o ordenamento jurídico brasileiro com status infraconstitucional. Os atos normativos secundários (decretos regulamentares, portarias e resoluções) serão objeto de ação direta de inconstitucionalidade quando tiverem essência autônoma e inovarem na ordem jurídica com força de lei e com violação a reserva legal (ADINC nº2.093-5/SC e ADINMC nº1.400-5/SP). Como exemplos, Barroso cita os regimentos internos e atos normativos dos Tribunais, inclusive o de Contas¹²⁸.

A doutrina cita o exemplo no qual parecer SR 70, publicado no DOU de 07.10.1988, emitido pela Consultoria -Geral da República, e aprovado pelo presidente da República, que adquiriu natureza de norma por imposição do decreto nº92.889/1986 e por isso foi aceito como alvo de ação direta de inconstitucionalidade nº4/DF.¹²⁹

Em regra só se poderia declarar inconstitucionais os dispositivos indicados quando da propositura da ação direta. Contudo, em análise de acórdão prolatados pela Corte Suprema

126 Neste caso, o Supremo admite o controle direto sobre leis que criam municípios devido aos efeitos genéricos decorrentes da medida (ADIN nº733/MG).

127 PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis nº9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.204/207. Caso de ofensa reflexa à norma constitucional e de questionamento de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

128 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.134.

129 Idem. Ibidem.

tem-se adotado a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, para os casos de redação normativa semelhante, ou de reflexos do julgamento sobre a validade de outras normas não indicadas expressamente.

Na ação direta, o papel da Corte é de legislador negativo, para providenciar a retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico pátrio. Todavia, com a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, bem como com a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada, viabiliza-se aos julgadores ir além do papel de legislador negativo e decidir acerca da manutenção de questões sociais, políticas, econômicas, ainda que inconstitucionais.

Trata-se de função normativa e não é função jurisdicional típica de solucionar conflitos, uma vez que seu objeto de apreciação é o ato normativo considerado em si mesmo, sem estar vinculado a fatos que tenham ocorrido sob sua incidência. Para alguns doutrinadores é função jurisdicional atípica¹³⁰. É processo objetivo, no qual não há identificação de partes ou situações jurídicas subjetivas em litígio.

De acordo com as disposições constitucionais que disciplinam o assunto, existem algumas modalidades de ações para o exercício desse controle, são elas: arguição de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por ação ou por omissão, ação direta interventiva e ação declaratória de constitucionalidade, analisadas genericamente em suas características constitucionais nos itens subsequentes.

O controle concentrado por via direta é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como paradigma a Constituição Federal, bem como pelo Tribunal de Justiça Estadual quando o paradigma é a Constituição Estadual.

No caso do controle estadual de constitucionalidade, tem-se a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais (art.125, §2º da Carta Magna). Essa sistemática é permitida devido ao sistema federativo brasileiro, podendo,

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.114.

inclusive serem propostas simultaneamente duas ações de inconstitucionalidade em impugnação a lei estadual: uma com o paradigma da Constituição Federal, perante a Suprema Corte, e outra com o paradigma da Constituição do Estado, perante o Tribunal de Justiça. Considerando que apenas a decisão do Supremo vinculará o Tribunal ordinário, não sendo possível a vinculação inversa, caso a norma constitucional estadual violada venha a ser simples repetição da norma constitucional federal violada, a doutrina defende que haja apenas a propositura pela a Corte Constitucional¹³¹. Os efeitos da decisão são *erga omnes* mas vinculados ao fundamento jurídico da Constituição Estadual(STF, RCL nº383-3/SP, Rcl nº360-SP e RCL nº374-SC), sendo-lhe prejudicial o julgamento de ação direta pelo Supremo pelo mesmo fundamento previsto em Constituição Federal, mantidos os efeitos da decisão estadual exclusivamente quando por fundamento distinto da decisão do Supremo.

No tocante a representação estadual de inconstitucionalidade de lei municipal, foi admitido pela jurisprudência que mesmo quando a norma constitucional estadual reproduza a norma constitucional federal, é possível o controle na esfera do Tribunal de Justiça, sendo cabível recurso extraordinário para levar a matéria à Corte Suprema, para averiguação de compatibilidade de interpretação com a Constituição Federal.

É mister salientar que tanto a ação declaratória de constitucionalidade, introduzida no Brasil pela emenda constitucional nº3/93, que acrescentou o §2º ao art. 102 da C.F./88, quanto a ação direta de inconstitucionalidade têm caráter dúplice, podendo, ao seu final, ser declarada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. O S.T.F. é o órgão competente para, originariamente, processar e julgar as ações de inconstitucionalidade pela via direta .

As decisões de mérito proferidas nessas ações terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos estatais.

As espécies de controle direto de inconstitucionalidade são: ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade genérica (art.102, I “a” da C.F./88),

131 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.117.

ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art.36, III da C.F./88), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º da C.F./88) e arguição de preceito fundamental.

A finalidade principal da ação declaratória de constitucionalidade é transformar a presunção relativa de validade do ato normativo em verdade absoluta, devendo ser aplicada regularmente por todos. Tendo em vista que o princípio da presunção de validade das normas subsiste independentemente de decisão judicial que o declare, deverá o autor da demanda comprovar, na Inicial da ação, a controvérsia a seu respeito, para que o pedido seja analisado em seu mérito. Essa exigência que já existia na jurisprudência integrou a redação do art.14 da lei nº9.868/99.

A ação direta de inconstitucionalidade pugna pela análise judicial de determinado ato normativo (lei ou ato normativo federal ou estadual), e visa retirá-lo do ordenamento jurídico.

A modalidade de ação direta por omissão tem a finalidade de tornar efetiva norma constitucional diante de uma omissão inconstitucional. Tais omissões referem-se às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, que justamente por não serem auto-aplicáveis, não produzem efeitos, até que haja ato normativo que as regule. Segundo a doutrina, o controle se estende aos atos normativos primários que podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, bem como atos normativos secundários de competência do Poder Executivo (regulamentos ou instruções), e até de competência do Judiciário¹³². No caso de imposição de preenchimento da omissão inconstitucional pela Administração Pública, é concedido um prazo de trinta dias, sob pena de responsabilização pessoal do agente público.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.202-203.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão, contudo, esbarram no limite imposto pela C.F./88, §2º do art. 103, de apenas dar ciência ao Poder infrator para que ele tome as providências cabíveis, se administrador, em 30 (trinta) dias¹³³.

Em relação à omissão inconstitucional do Poder Legislativo, na Alemanha, é traduzida em uma divisão de tarefas entre os dois Poderes. Segundo Muller, a inconstitucionalidade é constatada enquanto suporte fático objetivo e tolerada por um prazo transitório, no qual deverá o Legislativo alterar a norma e conformá-la com a Constituição¹³⁴. No caso poderá haver duas alternativas a serem tomadas pela decisão judicial: ou declara a inconstitucionalidade da omissão e fixa prazo para que o Legislativo legisle, ou declara a constitucionalidade ainda da norma e apela a Legislativo que cumpra com a sua regulamentação senão ela se tornará inconstitucional com o passar dos anos¹³⁵.

Nas ações diretas de inconstitucionalidade, ouve-se, no prazo de trinta dias, os órgãos ou as autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, e em posterior prazo de quinze dias, dá-se vistas ao Advogado Geral da União para a defesa da lei ou ato normativo inconstitucional, por ação ou por omissão parcialmente inconstitucional. Essa regra não se aplica no caso de omissão inconstitucional plena, na qual inexistente norma a ser defendida.

Tanto nas ações diretas de inconstitucionalidade quanto na ação declaratória de constitucionalidade, é concedido o prazo de 15 (quinze) dias para o Procurador-Geral da República emitir parecer.

As ações genéricas de via direta exigem a presença na sessão de julgamento de pelo menos 8 (oito) ministros, com a manifestação uniforme dos votos de pelo menos seis ministros (maioria absoluta - art. 97 da Lei Maior c/c arts 22 e 23 da lei de regência). Sem o

133 Há doutrina que prevê a responsabilização do órgão omissor, a exemplo de Paulo Modesto. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica, 1991.

134 MULLER, Friedrich. O significado teórico de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Fonte: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf>/O Significado Teórico de Constitucionalidade e as Dimensões Temporais da Declaração de Inconstitucionalidade das Leis no Direito Alemão.pdf. Acesso em 10/06/2013.

135 PASCHOAL, Gustavo Henrique. A Jurisdição Constitucional Alemã e o Controle abstrato de Normas com base na Lei Fundamental. Fonte: <http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/239>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

preenchimento deste quorum devido a ausência de ministros, a sessão é suspensa e retomada quando adequada às exigências legais.

Tais ações admitem a concessão de medida cautelar, que no caso da via direta de inconstitucionalidade ou de omissão parcial inconstitucional consiste na suspensão da aplicação da lei ou ato normativo e, em qualquer caso, pode ensejar a suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, além de outras medidas acautelatórias necessárias (arts.10, 12-F e 21 da lei nº9.868/99). A decisão acautelatória exige o pronunciamento da maioria absoluta dos membros a Corte, salvo no caso da declaração de inconstitucionalidade no período de recesso, hipótese na qual se admite a decisão monocrática, que será posteriormente referendada ou não pelo plenário da Corte (Regimento Interno, art.13, VIII) . Em caso de indeferimento da medida cautelar, não há vedação legal a renovação ulterior do pedido, a partir de nova situação fática.

Salvo disposição diversa em decisão fundamentada, a medida cautelar terá efeito *ex nunc*.

O art.12 da Lei nº9.868/99 prevê rito abreviado apenas para a ação direta de inconstitucionalidade desde que presentes os seguintes requisitos: formulado pedido de medida cautelar, haja relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Nessa hipótese, não se aprecia a medida cautelar em julgamento prévio, passando-se ao julgamento definitivo após a prestação de informações (prazo de dez dias), a manifestação do Advogado Geral da União e do Procurador-Geral da República (prazos sucessivos de cinco dias).

Nenhuma das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade admitem desistência.

Além disso, os arts;.9º e 20 da lei nº9.868/99 admitem a conversão dos feitos em diligência para obter os devidos e necessários esclarecimentos de matéria fática , podendo designar-se perito ou comissão de peritos para emissão de parecer, sendo permitida a realização de audiência pública e oitiva de depoimentos de pessoas experientes e com autoridade sobre a matéria, além de ofícios requisitando informações aos Tribunais Superiores

ou Ordinários acerca da aplicação da norma sob suas jurisdições. Tudo a ser realizado em prazo legal fixado em 30 (trinta) dias.

Segundo o ministro Barroso, tais ações não admitem exceções de suspeição ou de impedimento, salvo na hipótese do Ministro votante ter oficiado no feito como Procurador-Geral da República, ou como requerente ou requerido.¹³⁶

Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são *erga omnes*, vinculativos à Administração Pública e ao Judiciário, e repristinatórios no tocante ao retorno da norma anterior que deverá reger a matéria. A decisão de inconstitucionalidade afasta a eficácia e aplicabilidade da norma, e a depender da modulação de efeitos e da pronúncia de nulidade, atingirá também a validade.

Contudo, no que diz respeito ao efeito repristinatório de retorno da vigência da norma revogada pelo ato normativo ou lei declarado inconstitucional, deve-se levar em consideração a possibilidade da decisão afastar expressamente esse efeito ou modulá-lo, nos termos dos arts. 11, §2º e 27 da Lei nº9.868/99, o que será visto em subitem próprio.

Os efeitos *erga omnes* e vinculantes estão previstos expressamente no parágrafo segundo do art.102 da lei Maior, e no parágrafo único do art.28 da Lei nº9.868/99 para as hipóteses de decisões definitivas de mérito em ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, seja contendo declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, de interpretação conforme a Constituição, seja declarando a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Tais efeitos vinculantes, entretanto, não se estendem ao Poder Legislativo, que poderá, inclusive, editar nova lei com idêntico fundamento daquela declarada inconstitucional pela via direta. Outrossim nos casos de omissão legislativa inexistente no ordenamento jurídico técnicas de supressão da omissão inconstitucional pelo Judiciário ou meios coercitivos de cumprimento pelo Legislativo.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.141

Foi constatada pela presente pesquisa a hipótese de inúmeros julgamentos que reconheceram a inconstitucionalidade por omissão na edição de lei complementar geral que tratasse da criação de municípios (STF, ADI nº3615/PB, nº2240/BA, nº3316/MT), permanecendo o Congresso Nacional omissivo, e, ao invés de sanar a omissão inconstitucional, no prazo razoável indicado pelas decisões da Suprema Corte, editou emenda constitucional ratificando e validando os municípios criados sem a referida lei complementar (emenda constitucional nº57/08).

As declarações de interpretação conforme a Constituição e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto¹³⁷ fixam as hipóteses de interpretações constitucionais da norma, excluindo hipóteses de interpretação e de aplicação inconstitucionais. Os efeitos vinculantes, portanto, nesses casos se referem às interpretações excluídas pela decisão porque tidas por inconstitucionais, sendo permitido à própria Corte e ao Poder Judiciário admitir novas possibilidades de interpretações igualmente constitucionais.

As ações interventiva e de arguição de descumprimento de preceito fundamental por suas peculiaridades serão tratadas em subitem a parte.

Passa-se a analisar a regra geral postulatória para as ações genéricas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

3.3.3 das “partes” e das intervenções no processo.

Inexiste no processo objetivo de controle de constitucionalidade as partes propriamente ditas, na acepção da palavra segundo as teorias de direito processual, que imputam a nomenclatura para aqueles que estiverem com seus direitos sob litígio. No controle

¹³⁷ A interpretação conforme faz referência aos sentidos da norma que não podem ser aplicados para não torná-la inconstitucional, declarando-se o sentido interpretativo que deve prevalecer. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, reconhece como inválida a incidência da norma sobre determinada situação. (Barroso, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.159).

abstrato de constitucionalidade não há lide, conflito entre interesses subjetivos, mas tão somente a discussão acerca de validade normativa. Inadmite-se intervenção de terceiros.

Podem propor a ação direta os legitimados universais e os especiais, sendo que estes últimos deverão preencher alguns requisitos restritivos impostos ora pela Constituição, ora pela jurisprudência do Supremo, no tocante a exigência de pertinência temática entre o objeto social do legitimado, ou sua esfera de atuação e o pedido formulado.

Os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou por omissão, ou a ação declaratória de constitucionalidade estão listados no art.103 da Constituição e correspondem aos seguintes: como legitimados universais, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional, e na qualidade de legitimados especiais: a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Além da pertinência temática, exige para as entidades de classe de âmbito nacional: que possua filiados em no mínimo nove estados, que os filiados estejam enquadrados na mesma atividade para comprovar a homogeneidade de interesses, e que não haja intermediação na representação, devendo ser representado pelos próprios integrantes da classe¹³⁸.

Apesar da regra geral afastar a legitimação por representação indireta (associação de associações), a jurisprudência sofreu temperamento e admite entidades compostas por pessoas jurídicas quando se trate de atividades que somente por elas podem ser exercidas, a exemplo de radiodifusoras e fabricação de cigarros¹³⁹.

138 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.124-125.

139 NASCIMENTO DINIZ, Nelson e GAENSLY, Marina apud BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004,P.125.

A exigência de pertinência temática para as entidades de classe de âmbito nacional foi imposta pelo Supremo a teor do precedente contido na ADIN nº913, que dispôs acerca da repercussão direta ou indireta, e ainda que parcial, sobre as atividades da classe envolvida.

No tocante à confederação sindical, as ações diretas de inconstitucionalidade nº17 e nº275 afastaram a extensão da legitimação às federações e dos sindicatos nacionais, sendo exigido confederação, com o mínimo de três federações, estabelecidas em três Estados, e com pertinência temática.

Participará obrigatoriamente do processo objetivo o Procurador-Geral da República sempre ofertará parecer (§1º), mesmo quando for o autor do pedido de inconstitucionalidade, e apenas no caso da ação direta de inconstitucionalidade, o Advogado-Geral da União, que defenderá a constitucionalidade do ato impugnado, nos termos do art.103, §3º da Constituição Federal.

O *amicus curiae*, instituto existente na Corte Constitucional Americana, serve de instrumento de democratização do controle abstrato de constitucionalidade. A lei nº9.868/99 traz a possibilidade de sua participação apenas nas ações diretas de inconstitucionalidade, nada dispondo no capítulo destinado a ação declaratória de constitucionalidade, acerca de eventual exceção a vedação de intervenção de terceiros.

Dessa participação, Walber Agra destaca que, em ambas as ações declaratória de inconstitucionalidade e direta de inconstitucionalidade, cabe a participação do amigo da Corte para prestar esclarecimentos ou informações quando estas forem de notória insuficiência, poderá ser através de perícias e pareceres. As manifestações por intermédio de órgãos ou entidades da sociedade civil, com relevância na matéria arguida e representatividade de quem subscreve.¹⁴⁰

O artigo 7º da Lei nº9.868/99 veda a intervenção de terceiros em ações de controle abstrato de constitucionalidade, entretanto, o seu parágrafo segundo autoriza, nos moldes da

140 AGRA, Walber de Moura. A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.293.

discricionarieidade do ministro relator¹⁴¹, e de acordo com a representatividade dos postulantes e a relevância da matéria, a manifestação de outros órgãos e entidades. Segundo precedente na ADInMC nº2.223-DF, dita manifestação deverá ocorrer por escrito.

Segundo o ministro Barroso, o amigo da Corte em sua origem abrange as pessoas ou organizações com interesse jurídico, econômico ou político no julgamento da ação de inconstitucionalidade. Na Suprema Corte Americana, a participação do amigo da Corte envolve questões de liberdades públicas, referentes a segregação racial, aborto e discriminações no emprego. O procedimento norte americano dispõe que, ressalvados o ingresso do Estado e da União no feito, as partes precisam concordar com a participação do *amicus curiae*, admitindo-se a sua designação de ofício para dar continuidade à causa quando houver desistência de seu proponente, e aceito o suprimento pela decisão judicial em caso de discordância pelas partes acerca de sua intervenção¹⁴².

Analisemos as peculiaridades das espécies interventiva e de arguição de preceito fundamental.

3.3.4 dos procedimentos especiais.

Destaque em separado será dado aqui às ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta interventiva, que inobstante estarem enquadradas como espécies de ações integrantes do controle concentrado de constitucionalidade, detém peculiaridades que se distanciam das regras gerais porque nem sempre terão natureza abstrata e as vezes a questão constitucional não será o foco principal do julgamento.

A arguição de preceito fundamental encontra base na previsão constitucional do §1º do art.102, introduzida pela emenda nº3/93. Esse dispositivo dispõe sobre a competência de

141 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.128.

142 Idem. p.142.

juízo do S.T.F. para essa espécie de ação de constitucionalidade, e reserva seu procedimento a ser regulamentado por lei.

A previsão constitucional era letra morta e sem uso até que foi disciplinada pela Lei nº9.882/99, que regulamentou o procedimento processual e os efeitos daquela ação. Todavia, a constitucionalidade dessa legislação está sendo discutida em sede de ADIN nº2231-8/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual foi deferida medida cautelar com interpretação conforme ao art.1º, compreendendo que nele estaria previsto apenas a arguição autônoma, afastando a interpretação de extensão à arguição incidental em processos em curso, o que careceria de emenda constitucional. Foi suspensa liminarmente a eficácia do §3º do artigo 5º da lei. Os efeitos dessa medida foram expressamente fixados de forma *ex nunc*.

Na realidade, a referida lei não esclareceu as dúvidas suscitadas pela doutrina acerca do sentido e alcance do instituto.

O art.1º preceitua o objetivo da ação para "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público", e quando "for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo", abrangendo aí os atos emanados das três esferas da federação (União, estado e município) e até mesmo os editados antes da Carta Magna em vigor.

Não definiu a lei os critérios para preenchimento da textura aberta dos conceitos indeterminados de "preceito fundamental" e de "relevante fundamento da controvérsia", deixando uma larga margem para preenchimento pela jurisprudência.

Inexiste rol taxativo de normas e princípios constitucionais que pudessem ser enquadrados como preceito fundamental, entretanto, a doutrina tece comentários acerca de admissão em rol exemplificativos dos seguintes direitos: os princípios fundamentais, que abrangem os fundamentos e objetivos da República, e decisões políticas estruturantes (art.1º a 4º da C.F./88); os direitos fundamentais, tais como os individuais, coletivos, políticos e sociais (artigos 5º e seguintes), e todos que puderem ser enquadrados nesta categoria; as cláusulas

pétreas (art.60, §4º), e as normas que delas decorrem; os princípios constitucionais sensíveis, que dão ensejo a ação de intervenção federal (art.34, inciso VII)¹⁴³.

Segundo a doutrina, seriam duas espécies distintas de formas de arguição.

A primeira, segundo previsão do *caput* do artigo 1º corresponderia a forma autônoma de propositura, diretamente perante a Corte Suprema, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. A segunda espécie de arguição seria a prevista no parágrafo único, efetivada em sede incidental no curso de um processo concreto, e com requisitos específicos além daqueles previstos no *caput*, com a relevância do fundamento da controvérsia.

No caso da ação autônoma, exige-se que seja um preceito fundamental e não qualquer norma constitucional sob a ameaça, e que o ato impugnado tenha natureza estatal ou a ele equiparável, emanado do Poder Público das três esferas, e não se limitando ao atos meramente normativos.

A arguição incidental além de preencher o requisito do preceito fundamental, impõe a existência de um litígio concreto *sub judice*, a relevância do fundamento da controvérsia, e o ato impugnado tem que ser normativo.

A legitimação ativa é idêntica a das ações diretas de inconstitucionalidade, tendo sido vetado pelo presidente da república a previsão original de controle pelo cidadão. O motivo do veto foi o de que a generalização iria levar o Supremo a multiplicidade excessiva de ações.

Nesse caso, a hipótese de arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental também fica restrita aos legitimados da ação direta, levando a crer que sua ocorrência na prática acabará se limitando à hipótese de representação do particular perante o Procurador-Geral da República (§1º do artigo 2º da lei). Isto porque os demais legitimados poderão optar pela via direta de arguição, não obstante poder o particular se valer da hipótese da representação também perante os outros órgão legitimados.

143 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.222.

Segundo o §1º do art.4º da referida lei, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem natureza subsidiária, quando não houver outro meio judicial capaz de tutelar a situação e evitar a lesão.

Nesse ponto, há doutrina¹⁴⁴ e precedentes do Supremo (ADPF 3-QO-CE, ADPF 12, ADPF 13, ADPF 17) que sustentam tratar-se de regra absoluta, extensiva, inclusive, nas hipóteses de cabimento de ações individuais e de interposição de recursos

Em contrapartida, há doutrinadores que defendem a invalidação da norma infraconstitucional que restringe de forma desautorizada pelo art.102, §1º da Lei Maior¹⁴⁵.

Em uma posição intermediária defendendo a subsidiariedade da ADPF tão somente em relação as ações objetivas de controle de constitucionalidade, destacamos a doutrina defendida pelo ministro Gilmar Mendes, em voto proferido nos autos da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº33-5, com acórdão publicado em 2 de dezembro de 2002.

No procedimento da ADPF caberá a concessão de liminar, por decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo, salvo nas hipóteses de recesso e nos casos de "extrema urgência ou perigo de lesão grave", quando o relator decidirá sobre a liminar e submeterá ao referendo pela composição plenária da Corte.

Contudo, o §3º do artigo 5º da lei faz a ressalva de que não serão suspensos os efeitos da coisa julgada por liminar em ADPF, sendo permitido a suspensão do andamento dos

144 A doutrina que defende essa interpretação extrema está representada na obra de Zeno Veloso. Controle de Constitucionalidade. e na obra de Alexandre de Moraes. Comentários à lei nº9.882/9 - arguição de descumprimento de preceito fundamental, da coletânea organizada por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei nº9.882/99.

145 Os doutrinadores que afastam a aplicação da subsidiariedade são José Afonso da Silva. Comentários de acórdão. Cadernos de soluções constitucionais. nº1, 2003, p.257-260, e André Ramos Tavares. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei, p.42-48. Ambos citados na obra de BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.223-224.

processos em curso e de suas respectivas decisões, ou qualquer outra medida acautelatória adequada à tutela do objeto dessa espécie de ação.

O procedimento é disciplinado na lei nº9.882/99, e subsidiariamente pela lei nº9.868/99.

A petição inicial trará a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental, o pedido, com suas especificações e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito tido como violado. Não preenchidos tais requisitos a exordial poderá ser liminarmente indeferida.

Processada a ação, será concedido um prazo de dez dias para informações pelas autoridades que praticaram o ato impugnado, podendo ser ouvidas também as partes do processo subjetivo, no caso de arguição incidental. O relator poderá designar perícia, por perito ou comissão de peritos, e audiência pública para os esclarecimentos necessários. E o Ministério Público, caso não tenha sido o proponente, será o fiscal da lei, no prazo de cinco dias.

O quorum para estabelecer a sessão de julgamento da ADPF é a presença de 2/3 dos ministros que compõem a Corte. Para o julgamento, o quorum é de pelo menos a maioria absoluta dos votos. Isto porque a redação original do §1º do art.8º da lei foi vetada pelo presidente da República porque exigia o voto de 2/3 dos ministros para a conclusão do julgamento, regra considerada incompatível com o instituto que objetiva ampliar a eficácia e o alcance do controle de constitucionalidade.

Tal como a regra geral do processo objetivo de controle, a decisão de eficácia erga omnes e feitos vinculante é irrecorrível e insuscetível de ação rescisória, e suscitará reclamação pelo seu descumprimento. Aqui a lei não fez ressalva a eventual possibilidade de oposição de embargos de declaração. Há possibilidade de modulação de efeitos decisórios nos exatos moldes destinados as demais ações de controle objetivo de constitucionalidade.

Os efeitos da decisão, entretanto, são um pouco diferentes, e se limitam, nos moldes do artigo 10 da lei, a fixar as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, para cumprimento imediato, antes mesmo da lavratura do acórdão. O art.9º do projeto que continha um teor extensivo aos efeitos decisórios foi vetado porque previa a anulação de atos processuais legislativos subsequentes, mantendo-se na doutrina a possibilidade de cassação do ato ou decisão exorbitante, ou medida adequada à preservação do preceito fundamental, o que decorre do poder acautelatório jurisdicional.

A ação interventiva de constitucionalidade surgiu com a Constituição de 1934, e está atualmente prevista nas hipóteses taxativas do art. 34, VII e 36, III da C.F./88, como meio de intervenção da União nos estados-membros e no Distrito Federal, para “assegurar a observância dos princípios constitucionais da forma republicana, sistema representativo e regime democrático, direitos da pessoa humana, autonomia municipal, prestação de contas da administração pública, direta e indireta, e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Mas, a decretação dessa medida irá depender de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador – Geral da República.

Com a ressalva de algumas hipóteses condicionadas pelo art.36, e a exceção do controle de constitucionalidade interventivo do inciso VII do art.34, a intervenção decorre de ato discricionário do presidente da República.

Ao contrário, nota-se, que o objeto do controle de constitucionalidade interventivo, privativo da Corte Suprema visa tutelar a ordem constitucional, não deixando ao arbítrio do Executivo exercer o juízo de cabimento da intervenção para essa finalidade. Com o pronunciamento positivo da Corte Constitucional, caberá ao presidente da república fazê-lo executar com a intervenção propriamente dita, ou mediante decreto, sustar a execução do ato.

É ação de controle de constitucionalidade propriamente dito quando se tratar o ato impugnado de ato normativo estadual. Contudo, ao contrário da regra geral do processo objetivo de controle de constitucionalidade, a ação interventiva possui uma lide entre a União e o estado-membro. Ainda não houve um caso de ação interventiva sob a égide da

Constituição Federal de 1988, tendo caído em desuso e sendo suprida pela ação direta de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais.

Ação interventiva semelhante está prevista no âmbito do Tribunal de Justiça, mediante representação para intervenção estadual nos municípios, e garantir a observância dos princípios da Constituição Estadual, prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial (art.35, inciso IV da C.F./88).

A legitimidade ativa é do Procurador-Geral da República, na qualidade de defensor da ordem jurídica, podendo recusar sua propositura caso acredite não estarem preenchidas suas hipóteses de cabimento. O polo passivo é preenchido pelo ente federativo que houver descumprido a Constituição, representado pelo procurador-geral do estado ou procurador-geral do município, a depender do caso.

No caso da ação interventiva de constitucionalidade, a decisão da Corte Suprema exercerá um juízo acerca da existência de descumprimento da Constituição pelo estado membro, competindo ao réu desfazer o ato impugnado ou se submeter a intervenção por ato do presidente da República. Em verdade a declaração de inconstitucionalidade é incidental a ação interventiva, cuja objetivo principal é autorizar a intervenção federal.

O objeto da ação interventiva se estende além do ato normativo estadual, e abrange ações concretas das autoridades, bem como “impossibilidade, incapacidade ou omissão em fazer respeitar tais direitos”, a teor do voto proferido pelo ministro Neri da Silveira na intervenção federal nº114-5/MT.¹⁴⁶

O procedimento da ação interventiva federal está tratado na Lei nº4.337/64, e o processo estadual na Lei nº5.778/72 que determina a extensão da primeira no que for aplicável. Apenas no processo estadual há a previsão expressa de concessão de liminar.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.256-257. O referido voto do ministro Neri da Silveira faz a seguinte referência: “O que é necessário, a meu ver, é que haja uma situação de fato de insegurança global dos direitos humanos, desde que imputável não apenas a atos jurídicos determinados, mas a ação material ou à omissão por conveniência, por negligência ou por impotência, dos poderes estaduais, responsáveis.”

O prazo para a propositura da ação interventiva é de trinta dias, o relator deverá ser o presidente do respectivo tribunal, que dará vistas por trinta dias a quem praticou ou elaborou o ato impugnado, suprimido tal fase em caso de urgência por relevante interesse de ordem pública.

A decisão prolatada não declara nulo o ato e nem lhe retira a eficácia, tão somente comunicando aos órgãos do Poder Público interessados e requisitando a intervenção ao presidente da República, através de ato vinculado. O caráter da decisão é mandamental e se improcedente impeditivo da intervenção federal por esse fundamento. Sendo a decisão pressuposto material para a intervenção ulterior ela terá efeitos *ex nunc*. Caso suspenso o ato impugnado por decreto do presidente da República, o efeito desta suspensão será *ex tunc*¹⁴⁷.

Esses efeitos diferem, portanto, dos efeitos da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pela via direta genérica, a teor do disposto no subitem seguinte.

3.3.5 As inovações trazidas pelo art.27 da Lei nº9.868/99.

Preliminarmente, constata-se que o referido artigo é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, a ADIN nº2154/DF proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), em 22.02.00; e a ADIN nº2258/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 27.07.00, ambas sob a relatoria inicial do ministro Sepúlveda Pertence, posteriormente redistribuídas para o ministro Menezes Direito, com o proferimento de um único voto, o do relator pela inconstitucionalidade e suspensão do julgamento por pedido de vistas da ministra Carmen Lúcia. Os dois processos tiveram pedidos de medida cautelar, mas o relator aplicou o rito abreviado do art.12 da Lei nº9868/99 e não apreciou as cautelares. Os julgamentos iniciaram em 14 de julho de 2007, tendo sido suspensos por falta de quorum para decidir sobre a modulação do art.27, visto que o ministro Gilmar Mendes é impedido por ter sido o autor do anteprojeto de lei, e estavam ausentes os ministros Ellen Gracie, Carlos Britto e Eros Grau. Como a retomada do julgamento em 16 de

¹⁴⁷ STF, RMS nº17.796, 1971.

agosto de 2007, a ministra Carmen Lúcia pediu vistas, e os processos não retornaram à pauta de julgamento.

Outrossim, por sua ampla aceitação e aplicação por quase todos os ministros que hoje compõem a Corte, com exceção do Ministro Marco Aurélio, prevalece a sua presunção de constitucionalidade, segundo opinião esposada em diversos votos do ministro Gilmar Mendes.

Observa-se que a C.F./88 dispôs sobre os efeitos das decisões definitivas de mérito tão somente em sede de ADC e de ADIN por omissão, deixando de disciplinar os efeitos da ADIN genérica. Após longas discussões doutrinária e jurisprudenciais a respeito, surgiu a Lei nº9868/99 que permitiu que o próprio S.T.F. decidisse quanto a esses efeitos em qualquer declaração de inconstitucionalidade.

Tratam-se de efeitos *erga omnes* e vinculantes, advindos de decisão irrecorrível que não admite sequer ação rescisória a teor do art. 26 da lei nº9.868/99. Os embargos declaratórios previstos em lei em face de tal decisão tão somente podem ser opostos pelo proponente ou pelo requerido, sendo incabível sua oposição por terceiro alegadamente prejudicado ou pelo Advogado Geral da União (STF, ED na ADIN nº2.323-DF). Em se constatando confronto ou desobediência à referida decisão, compete propor reclamação perante o Supremo, sob o fundamento de usurpação da competência ou da autoridade das decisões da Corte (art.102, inciso I, alínea I da C.F./88).

A possibilidade de repositura da ação abstrata de constitucionalidade dependerá do entendimento doutrinário adotado, sendo viável em qualquer hipótese para os que defendem a teoria da revogação de precedentes (Marinoni), e apenas nos casos de declaração de constitucionalidade com ulterior modificação dos argumentos, fatos, mudança de impacto ou percepção da lei para os que defendem a preclusão da coisa julgada do processo objeto (Barroso148).

148 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.152.

Na prática, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de repositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO nº23/DF), por permanência da situação inconstitucional mesmo após o decurso do prazo razoável fixado em decisão de inconstitucionalidade modulada (ADIN nº875/DF, ADIN nº3243/MT, ADIN nº1987/DF e ADIN nº2727/DF). A discussão se refere a omissão legislativa na fixação de percentuais para a composição dos Fundos de Participação estaduais, compostos pela repartição de receitas federais para os estados membros.

Com o advento da referida lei, o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade sofreram algumas modificações.

Entre as diversas alterações, destaca-se o texto contido no art.27, que revolucionou o controle abstrato de constitucionalidade, no Brasil, quebrando o dogma do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais¹⁴⁹.

Dispõe o citado dispositivo: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros (8), restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”.

Desse modo, fica facultado ao Supremo Tribunal Federal, por razões de “segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de ADIN ou ADC, determinando o início de sua eficácia. Contudo, o legislador pátrio não esclareceu exatamente o alcance dos termos: “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, deixando para a doutrina e jurisprudência sua delimitação.

¹⁴⁹ Segundo o ministro Gilmar Mendes, entretanto, o art.27 da Lei nº9868/99 é meramente declaratório, porque os princípios da segurança jurídica e do interesse social são constitucionais, e pelo princípio da proporcionalidade à poderiam ser aplicados para modular os efeitos da decisão independentemente de previsão expressa de técnica processual de modulação.

A regra geral é a de que omissa a decisão os efeitos da declaração de inconstitucionalidade operarão *ex tunc*. Contudo, permitiu o legislador a fixação por decisão do Supremo do efeito *ex nunc*, decorrente da teoria da anulabilidade defendida por Hans Kelsen e adotada pelos sistemas de controle austríaco e alemão, como também do efeito *pro futuro*, admitindo a eficácia por um lapso temporal para o futuro de um ato normativo considerado inconstitucional pela própria Corte Suprema.

Quanto ao “*quorum*”, exigido para a determinação desses efeitos, o citado dispositivo legal refere-se à maioria qualificada de apenas dois terços dos membros do Tribunal, contraditoriamente à exigência constitucional de maioria absoluta de seus membros para a própria declaração da inconstitucionalidade, conforme previsto expressamente no art. 97 da Carta Magna.

Face ao exposto, com o intuito de não criar antecipadamente um prejulgamento injusto a respeito desse novo entendimento legal, faz-se necessário analisar cautelosamente o referido artigo, interpretando-o de acordo com as intenções de seus criadores, e conforme sua doutrina de origem.

O instituto da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade foi desenvolvido pela Corte constitucional alemã, sendo disciplinado no § 31, (2), 2º e 3º períodos e §79, (1) de sua lei jurisprudencial. Na verdade, tais disposições legais não esclarecem exatamente quando o Tribunal deverá abster-se de pronunciar a nulidade de ato normativo inconstitucional, nem quais seriam os efeitos decorrentes dessa decisão, o que, de certa forma, causa insegurança na doutrina alemã e controvérsias quanto a sua aplicabilidade¹⁵⁰.

O fundamento jurisprudencial alemão para a criação dessa técnica processual teve seu ponto de partida nas seguintes problemáticas jurídicas: “exclusão do benefício

150 Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. Revista de Informação Legislativa, nº118, abr/jun de 1993, p.61-84.

incompatível com o princípio da igualdade”, omissão legislativa e “liberdade de conformação do legislador”¹⁵¹. Passa-se a analisar cada uma das três hipóteses.

A primeira situação se verifica quando, devido à omissão parcial, ou exclusão expressa por parte do legislador, é concedido benefício a um grupo, sem estendê-lo a determinado seguimento, em infringência ao princípio da isonomia¹⁵². Na verdade, *in casu*, sendo de direito a aferição da vantagem legal, não surtiria eficácia alguma a declaração de nulidade da norma, que acarretaria efeitos negativos sobre os beneficiados, que também restariam desprovidos de proteção. A melhor solução para o caso em comento seria a inserção dos indivíduos discriminados no grupo de direito, mediante edição de uma nova regra pelo Poder legiferante, e não a supressão do benefício.

A segunda hipótese é referente à responsabilidade de legislar para a cessação de uma eventual omissão inconstitucional total, traduzida na existência de uma lacuna jurídica decorrente da ausência de complementação do complexo normativo.

O obstáculo que poderia existir à edição dessas leis de restabelecimento da constitucionalidade do ordenamento jurídico, seria a liberdade de conformação do legislador em decidir, discricionariamente, sobre o exercício de sua função legislativa.

A fim de solucionar o referido problema, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, na sua origem alemã, recomenda e obriga o legislador a providenciar todas as medidas necessárias, inclusive editar novas leis, para a cessação do “estado de inconstitucionalidade”, não permitindo que a discricionariedade legislativa legitime a conservação de uma norma inconstitucional. Essa força impositiva decorre da Constituição

151 Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, nº118, abr/jun de 1993, p.66-70.

152 A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano47, nº183, jan/jun 1994, p.57-58.

alemã, que preceitua a vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais (art.1º, III) e aos princípios nela estabelecidos para a garantia do Estado de Direito (art. 20) ¹⁵³.

Conclui-se que a inaplicabilidade do princípio da nulidade, nos casos de omissão, por si só, não é eficaz, porque a inconstitucionalidade permanecerá, se a sua declaração não significasse também uma ordem ao legislador para agir prontamente no restabelecimento da constitucionalidade, por “colmatação de eventual lacuna” ou supressão do termo de exclusão ¹⁵⁴.

É notório, portanto, que a funcionabilidade do sistema de controle de constitucionalidade alemão apresenta-se na sua completude com o estabelecimento de uma relação de obediência do órgão estatal infrator à ordem concedida por decisão judicial.

No Brasil, a C.F./88 ¹⁵⁵ proíbe expressamente a sobreposição dos Poderes estatais numa relação de obediência, determinando que o único efeito da declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão seria informar ao órgão infrator da decisão.

Com a prática da modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o Supremo já inovou com a admissão da fixação de um prazo para que o Poder Legislativo legisle, sob pena de se criar um vácuo legislativo, nos casos de inconstitucionalidade da lei anterior, ou de se impedir a distribuição das cotas dos fundos de participação estaduais, causando uma pressão política do Executivo sobre o Legislativo. Contudo, os casos analisados de omissão legislativa comprovam a reiterada desobediência, por parte do Legislativo, às ordens do Judiciário.

153 Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. Revista de Informação Legislativa, nº118, abr/jun de 1993, p. 64.

154 Gilmar Ferreira Mendes. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. Arquivos do Ministério da Justiça, ano47, nº183, jan/jun 1994, p.59-60.

155 Preceitua o art. 103, §2º da C.F./88: “...será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias...”

Tendo em vista que a ordem constitucional brasileira só pode ser revogada por emenda, a efetividade perquirida pela Lei nº9868/99, com a aplicação do controle alemão de constitucionalidade no sistema pátrio, restou prejudicada devido à impossibilidade de aplicação do dever imediato de legislar.

Além disso, denota-se do texto contido no art. 27 daquela lei, que o legislador brasileiro foi além da imaginação de seu antecessor alemão, e ,sem justificação plausível, “importou” um sistema estrangeiro de controle de constitucionalidade mutilado, e o aplicou para toda e qualquer declaração abstrata de inconstitucionalidade, não só para os casos de omissão legislativa, criando uma aberração jurídica.

Em relação aos efeitos civis da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, o § 31, nº1 e 2 da Lei da Corte constitucional alemã impõe força de lei e efeito vinculante “*erga omnes*” às decisões do Tribunal, inclusive em controle de constitucionalidade, devendo ser obedecidas por todos¹⁵⁶. Daí decorre também o dever de legislar, anteriormente mencionado, que deverá respeitar os limites da irretroatividade aos atos do Poder Público, cuja impugnação tenha precluído.

Logo, inexistindo previsão legal a respeito, a jurisprudência alemã firmou entendimento de que, após a declaração de inconstitucionalidade de lei sem a pronúncia de sua nulidade, o ato normativo inconstitucional não poderia mais ser aplicado por nenhum dos órgãos estatais, salvo se dessa não-aplicação resultasse “vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional”¹⁵⁷.

De acordo com essa assertiva, conclui-se que, na Alemanha, a autorização para a aplicação superveniente de lei inconstitucional, provisoriamente, até a edição da nova legislação, tem que ser prevista por princípio constitucional de igual hierarquia ao princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

156 Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. Revista de Informação Legislativa, nº118, abr/jun de 1993, p.73.

157 Idem. Ibidem, p.72.

Quanto ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o art.27 da Lei nº9868/99, prevê, por razões de “segurança jurídica e excepcional interesse social”, a determinação pelo S.T.F. dos efeitos *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade, a partir de um juízo de ponderação e razoabilidade, que segundo a jurisprudência firmada envolve a análise do âmbito do caso já prenunciado por Muller, a partir de situações fáticas atingidas pela declaração.

Ressalte-se que inexistente no ordenamento jurídico pátrio definição precisa limítrofe aos princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social, o que ensejaria o perigo de, na prática, serem fundados em qualquer assertiva que possa supostamente legitimar as restrições ao princípio da nulidade dos atos inconstitucionais. Até mesmo pressões externas ou influências político partidárias.

Ademais, basta a constatação da suposta presença dos citados fundamentos permissivos para que seja concedida a faculdade - aos ministros da Suprema Corte - para decidir quanto à aplicabilidade superveniente da norma inconstitucional.

Destarte, o perigo e a insegurança que poderiam emergir da redação desse dispositivo legal foram previstos pelo próprio Gilmar Mendes que, sob a responsabilidade da elaboração de seu texto, reconheceu a possibilidade tendenciosa da “discricionariedade da sanção”¹⁵⁸.

Outrossim, o que tem ocorrido na prática forense é que os Tribunais Regionais Federais tem aplicado a “modulação dos efeitos da inconstitucionalidade”, sobretudo em situações de ação rescisória, para preservar as decisões transitadas em julgado até o momento de sua desconstituição pelo pronunciamento superveniente de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pela Suprema Corte¹⁵⁹.

158 MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. Revista de Informação Legislativa, nº118, abr/jun de 1993, p.80.

159 A exemplo do pronunciamento do plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos das ações rescisórias nº5471/PE e nº6025/CE, que trataram de manter a isenção tributária das sociedades civis de prestação de serviços profissionais garantida no período no qual estavam albergadas por coisa julgada isentiva, e determinou que a tributação reconhecida pela via direta como constitucional em pronunciamento do Supremo deveria produzir efeitos a partir do acórdão de procedência das ações rescisórias. No caso polêmico do crédito-prêmio do IPI, quando o S.T.F.

Resta saber se, neste caso, tratar-se-ia de modulação de efeitos em usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, o que ensejaria a propositura de reclamação, ou se seria o exercício do juízo de proporcionalidade e de razoabilidade autorizado a todas as instâncias do Judiciário.

Todavia, com base numa análise em reclamações e em medidas cautelares propostas perante a Corte Constitucional Brasileira, no tocante a incidência da COFINS sobre sociedades de prestação de serviços sob responsabilidade pessoal, foi possível verificar uma mudança de paradigma.

Há precedentes jurisprudenciais que sustentam que os efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões do Pleno do STF justificariam a pronta relativização e inexigibilidade da coisa julgada. (RCL 6917 MC/PE, julgamento em 09/12/2008, relator: Ministro Joaquim Barbosa; AC 3233 MC / DF, Ministro Marco Aurélio, DJE 23/11/2012)

Em contrapartida, outros pedidos de liminar em reclamações têm sido indeferidos, sob o fundamento de que o Judiciário não estaria usurpando a competência constitucional do Supremo ao dispor sobre os efeitos prospectivos da rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional, e de que não cabe reclamação em face de decisão transitada em julgado, e que qualquer tribunal em controle difuso pode efetuar o *prospective overruling* (Rcl nº11476/CE, julgamento em 07/10/08; RCL nº14789/SC, julgamento em 09/11/2012; voto vista no RE nº594477, julgamento em 9/2/2010; RCL 11476/MC/CE, relator: Ministro Luiz Fux, DJE 11/11/2011).

Ao que parece, a Corte Suprema retomou o entendimento alemão defendido por *Friedrich Muller*, o qual, em regra, competiria à Corte Constitucional decidir na esfera

alterou precedente e concedeu novo pronunciamento, desta feita, declarando a inconstitucionalidade do creditamento nas operações não tributadas ou sob a alíquota zero (RE nº370.682-9/SC), alguns votos fizeram a ressalva de autorização para as Cortes Ordinárias restringirem a aplicação do precedente de controle abstrato. No mesmo sentido, DERZI, Misabel de Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p.302,

normativa, competindo ao particular propor a ação individual de desconstituição das relações jurídicas.

Todavia, algumas exceções foram decididas pelo S.T.F., ao verificar quanto às consequências do julgamento de inconstitucionalidade, com a ressalva da tutela da coisa julgada administrativa e da judicial, para evitar situação ainda mais inconstitucional do que a anterior ao julgamento.

Nesse caso, competiria ao Judiciário, em suas instâncias ordinárias, dispor sobre a prevalência da segurança jurídica em detrimento dos efeitos normativos modulados pela Corte Constitucional.

Sob essa interpretação, seria permitido às Corte Regionais Federais dispor sobre efeitos prospectos da rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional, sem que estivesse aí usurpando a competência do STF.

No *prospective overruling*, a atribuição de efeito prospectivo à revogação do precedente afasta a regra geral de retroatividade do *overruling*, em prol da confiança justificada no precedente anterior. Nesse caso, o membro do tribunal terá que fundamentar: 1) alteração da realidade social; 2) modificação dos valores; 3) evolução da tecnologia; 4) alternância da concepção geral do direito.

Marinoni¹⁶⁰ equipara a revogação de decisão de inconstitucionalidade à superação de precedente, ao concluir que há identidade nos motivos para a sua ocorrência (“a alteração da realidade social e dos valores da sociedade, a evolução da tecnologia e a transformação da concepção jurídica geral acerca de determinada questão.”) e que no controle abstrato de constitucionalidade, “a coisa julgada material proporciona estabilidade à ordem jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados e não segurança jurídica às partes.”(...) “Nenhum direito ou vantagem é deferido diretamente a alguma parte.”.

160 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT, 2010, p.300.

Para o autor, portanto, o limite de revogação de decisão de (in) constitucionalidade em controle abstrato é o eventual prejuízo à previsibilidade¹⁶¹, o que se resolve pela modulação de efeitos.

Segundo a concepção do autor, apenas o STF pode revogar seus próprios precedentes, mediante a apreciação de outras ações abstratas com nova causa de pedir¹⁶². Foi o que aconteceu, por exemplo, na declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa acerca de legislação que trata de critérios objetivos e razoáveis de equilíbrio econômico, no rateio das cotas do fundo de participação estadual. Após o prazo concedido para que editasse nova norma, a norma anterior perderia a eficácia, resultando em um vácuo legislativo. O prazo encerrou-se em dezembro de 2012, e o Poder Legislativo, apesar de projetos de lei em trâmite, não aprovou nenhuma regra nova. Os estados ajuizaram nova ADI nº23, com nova causa de pedir, mas o mesmo pedido para prorrogar, mediante medida cautelar, a eficácia da lei inconstitucional por decisão transitada em julgado, o que lhes foram concedido ante a urgência e iminência de dano, se não houvesse rateio nenhum do fundo estadual.

Por outro lado, o autor reconhece a possibilidade de tentativa de alterar o precedente, mediante controle difuso de inconstitucionalidade, em que ou se submete o respectivo recurso extraordinário para nova apreciação pelo S.T.F., ou se promove o *anticipatory overruling* com a notória e incontestável perda de substrato do precedente.

Entretanto, a confiança do jurisdicionado deve ser levada em consideração, e sendo hipótese de mudança no precedente não se pode negar situação jurídica formada com base na decisão de constitucionalidade a ela anterior, tendo ou não coisa julgada material¹⁶³. Chegando-se, excepcionalmente, à possibilidade de se atribuir o *pure prospective overruling*, que corresponderia à irretroatividade da decisão em relação ao próprio caso sob julgamento.

161 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT, 2010, p.301.

162 MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Vinculante. A ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. In: Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional. Volume IV. Clèmerson Merlin Cêve e Luís Roberto Barroso (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.880.

163 MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Vinculante. A ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. In: Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional. Volume IV. Clèmerson Merlin Cêve e Luís Roberto Barroso (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.882

Todavia, Marinoni ressalva a possibilidade do jurisdicionado buscar a tutela diferenciada por *overruling* através de controle difuso de constitucionalidade (*antecipatory overruling*).

A respeito, complementa Misabel Derzi¹⁶⁴, que os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, sobretudo quando traduzem mudança nos precedentes vinculantes (*overruling*), integram as limitações ao poder de tributar, tendo acrescentado:

“Sempre nos pareceu duvidoso que o Poder Judiciário, como instituição humana, nem superior ou inferior ao Poder Legislativo, em certas circunstâncias não pudesse sofrer as limitações do tempo. As modificações jurisprudenciais configuram exatamente o fato que desencadeia tal limitação, fundamentada pelos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva.”.

Diante dos argumentos explanados neste capítulo, torna-se imprescindível o estudo da sistemática de critérios e de competência de modulação, prevista no Direito Comparado, sobretudo pelas doutrinas dos países que, de certa forma, influenciam ou influenciaram a edição das leis brasileiras e das decisões do Supremo Tribunal Federal.

3.3.6 A modulação de efeitos no Direito Comparado.

Nos Estados Unidos, para se saber se haveria modulação, deveria ser levado em consideração o comportamento da Corte sobre os valores constitucionais, se haveria divergência jurisprudencial acerca daquele precedente, se precedente anterior será reforçado com nova decisão no mesmo sentido ou se pela equidade deixará de usar o precedente, e, por fim, se a decisão está embasada em fundamentos razoáveis do ordenamento jurídico¹⁶⁵. A regra, porém, é a de efeito retroativo da inconstitucionalidade, a exceção é a modulação.

164 DERZI, Misabel de Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p.XXII.

165 TRIBE, Laurence H.. Third Edition. Volume one. New York: Foundation Press, 2000, p.214/215.

A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos definiu, através do *stare decisis*, os critérios que devem ser levados em consideração para a modulação da eficácia da declaração de inconstitucionalidade, fazendo distinção entre as regras aplicáveis às ações civis, às penais e ainda tratamento diferenciado ao *habeas corpus*.

No julgamento *Chevron Oil Co vs. Huson*, em 1971¹⁶⁶, foram fixados os seguintes requisitos para se dar a modulação em processos cíveis: 1) evitar injustiça ou opressão; 2) ser a declaração de inconstitucionalidade um novo princípio legal, ou porque significará uma revogação de precedente anterior ou porque nunca foi claramente renunciado antes; 3) observar a história prévia da lei; 4) se o efeito retroativo irá acelerar ou retardar o cumprimento da decisão¹⁶⁷.

No paradigma de processo criminal, referido no julgamento do caso *Griffith vs. Kentucky*¹⁶⁸, foi definido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que, em matéria penal tão somente não retroagiria a lei materialmente penal, retroagindo a alteração em matéria processual, para ser aplicada às causas pendentes de julgamento e assim não ferir o princípio da igualdade.¹⁶⁹

Há, aqui, um contraponto entre a competência legislativa para fixar a aplicação retroativa ou prospectiva de uma nova lei, e a competência da Suprema Corte Americana no *judicial review*.

Ressalte-se que, quanto ao processo legislativo, apenas nos casos de omissão do Congresso, é que a Corte fixará o alcance do novo estatuto legal, e se ele retroagirá ou não para atingir direito adquirido, responsabilização da parte pelas condutas que o antecederam, acréscimo de deveres aos negócios jurídicos concluídos antes de sua promulgação. A regra é a de que compete ao Congresso fixar o alcance com base em suas intenções de favorecimento

166 404 U.S. 97 (1971)

167 Idem, Ibidem, p.218.

168 479 U.S. 314 (1987) - que revogou precedente anterior (Linkletter vs. Walker).

169 Idem. Ibidem.

ou não a determinado setor. Na modulação judicial, a regra é a retroatividade, e a exceção, a prospecção.¹⁷⁰

No tocante ao processo de *habeas corpus*¹⁷¹, a decisão tão somente não retroagirá contra o réu criminal. Há dois casos nos quais é admitida a retroatividade: 1) para beneficiar o réu: quanto à criação de novas regras de conduta, e quando à nova regra proíba sanção para determinada classe de réus, pelo *status* ou pelo tipo de ofensa; 2) se for necessário para garantir a justiça fundamental do procedimento criminal.

Uma peculiaridade interessante sobre a modulação de efeitos da inconstitucionalidade, nos Estados Unidos da América, é o fato de que inobstante a competência para o julgamento tenha sido avocada pela Suprema Corte Federal, esta pode delegar a corte estadual a escolha da melhor forma para o cumprimento da decisão de inconstitucionalidade. Foi o que ocorreu no caso *Harper vs. Virginia Department of Taxation*, onde foi declarada a inconstitucionalidade da isenção tributária discriminatória, e concedido o efeito prospectivo. O processo foi remetido para cumprimento através da corte estadual, esta, por sua vez, recusou-se a cumprir porque, neste caso específico, não teria havido propositura de ações de repetição de indébito. A Suprema Corte reafirmou sua competência e determinou que a corte estadual fizesse cumprir da melhor forma o conteúdo mínimo da decisão. A mesma delegação foi reproduzida no caso *American Trucking Associations INC. Vs Smith* e no caso *Scheiner*, quanto às taxas de pedágio arrecadadas inconstitucionalmente pelo estado da Pensilvânia.¹⁷²

Dessa forma, abre-se aqui um precedente para que corte estadual, que exerça jurisdição ordinária, participe do processo de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

¹⁷⁰ TRIBE, Laurence H.. *American Constitutional Law*. Third Edition. Volume One. New York: Press Foundation, 2000, p.217.

¹⁷¹ A partir dos precedentes julgados nos casos: *Mackey v. United States* 401 US 667, 675 (1981), *Desist v. United States* 394 U.S. 244, 256 (1969) e *Teague vs. Lane* 489 U.S. 288 (1989). TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Third Edition. Volume One. New York: Foundation Press, 2000, p.227.

¹⁷² TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Third Edition. Volume One. New York: Foundation Press, 2000, p.227.

Contudo, ainda em 1991, a aceitação da modulação de efeitos ainda não estava pacificada na Suprema Corte, e no julgamento *James B. Beam Distilling Co. Vs Georgia*¹⁷³, os juízes Scalia e Souter se manifestaram contra essa técnica, por sustentarem que feriria a separação dos poderes e o princípio da igualdade, em face da casuística da modulação.¹⁷⁴ Mas o cabimento da modulação foi ratificado mais tarde, em 1993, no caso *Harper vs. Virgínia Department of Taxation*.

A influência americana tão somente chegou na Europa em meados de 1919 a 1920, quando Kelsen propôs, na Áustria, um controle de constitucionalidade exercido de forma concentrada em um único Tribunal Constitucional. Como a teoria de Kelsen afirmava que a incompatibilidade com a Constituição geraria a anulação da norma, e a sentença que a reconhecia tinha caráter constitutivo, a modulação foi criada tendo como regra geral os efeitos *ex nunc*¹⁷⁵, permitindo-se ao Tribunal dispor sobre os efeitos de suas sentenças¹⁷⁶. Esse foi o modelo da Constituição austríaca de 1920, aperfeiçoado em 1929, com a criação do Tribunal de Garantias Constitucionais.

No pós-guerra, Alemanha e Itália, com a experiência do legislador arbitrário e a inclusão de injustiças no sistema positivado, adotaram o sistema concentrado criado por Kelsen para ser exercido por um único Tribunal, mas adotaram a visão jurisdicional americana para que este controle fosse além de mero legislador negativo¹⁷⁷, a fim de cessar as arbitrariedades do Poder Legislativo. Adotaram o sistema jurisdicional norte-americano com recursos do instrumento técnico criado por Kelsen¹⁷⁸.

173 501 US 529 (1991).

174 TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Third Edition. Volume One. New York: Foundation Press, 2000, p.222/223.

175 ENTERRIA, Eduardo Garcia de. Controle de Constitucionalidade na Europa. *Revista de direito público*, v.20, nº 84, out./dez. de 1987, p.6.

176 SEGADO, Francisco Fernandez. El Control de Las Omisiones Legislativas por el Bundesverfassungsgerricht". Disponível em :<<http://www.juridicas.unam.mx//>>. Acesso em 06.07.13.

177 Segundo Konrad Hesse, a jurisdição constitucional alemã engloba além da conservação do direito, funções amplas de proteção jurídica e controle. Chega a ser um controle de todos os poderes estatais pelo Tribunal Constitucional federal, dá ordem às funções estatais e à ordem constitucional como um todo. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.419.

178 ENTERRIA, Controle de Constitucionalidade na Europa. **Revista de direito público**, v.20, nº 84, out./dez. De 1987, P. 7//8. Na Alemanha há três espécies de procedimento de submissão do

Na Alemanha, por exemplo, inobstante a regra da inconstitucionalidade implicar efeito *ex tunc*, de regra com a nulidade da lei (§78 do *BVerfGG*), há situações em que a inconstitucionalidade é duvidosa e, por isso, são adotadas algumas técnicas para suavizar os efeitos da nulidade, quais sejam a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, a modulação aplicada pelo Tribunal Federal Constitucional para o futuro e transitoriamente, com apelo ao legislador para "constitucionalizar a situação jurídica nesse prazo" de transição, ou somente uma parte da lei seria declarada nula. Essas alternativas não estão previstas na Constituição Alemã, mas na lei, no §79, 82 I, 95 III 3 do *BverfGG*. Ressalte-se, entretanto, que a regra geral *ex tunc* não tem caráter absoluto, porque apesar de justificar revisão de sentenças criminais, não prejudica a coisa julgada cível liquidada, salvo exceções legalmente previstas. Assim, na prática, o sistema é misto, a retroatividade da nulidade está nas mãos também do Poder Legislativo, e a modulação para o futuro compete ao Tribunal Constitucional. Para Muller, considerando que antes do pronunciamento da Corte Constitucional, ninguém poderá invocar o argumento de violação constitucional por uma lei, a sentença de inconstitucionalidade teria caráter constitutivo¹⁷⁹.

controle de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional Federal: o controle abstrato, que pode ser peticionado a pedido do governo federal, de um governo estadual ou de 1/3 dos membros do Parlamento Federal (artigo 93, alínea 1, número 2 da Lei Fundamental, §13, número 6 e 6a e 76 e seguintes da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal), para avaliar a compatibilidade de leis federais (ainda que ratificadora de tratado), leis estaduais, regulamentos jurídicos do direito federal e do direito estadual. (HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. 20ª edição. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p.495). Controle concreto das normas, suscitado por juiz que verifique inconstitucionalidade em norma a ser aplicada em uma ação judicial e suspende o trâmite processual para afetar à Corte Constitucional a apreciação declaração de inconstitucionalidade (art.100, I da Lei Fundamental, §13 nº11, §§80 e seguintes do *BverfGG* – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal). E a queixa constitucional (art.83, I, 4a, d da Lei Fundamental e §13, nº8a, §§90 e seguintes da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal), que pode ser suscitada por qualquer cidadão, para impugnar a constitucionalidade de leis, e segundo a jurisprudência é razoável que se espere pelo menos a ocorrência de um caso concreto de aplicação para avaliar a inconstitucionalidade (MULLER, Friedrich. O significado teórico de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade' e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Fonte: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf/OSignificadoTeoricodeConstitucionalidadeInconstitucionalidadeeasDimensoesTemporaisdaDeclaracaodeInconstitucionalidadedasLeisnoDireitoAlemao.pdf>. Acesso em 10/06/2013.

179 MULLER, Friedrich. O significado teórico de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade' e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Fonte: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf/OSignificadoTeoricodeConstitucionalidadeInconstitucionalidadeeasDimensoesTemporaisdaDeclaracaodeInconstitucionalidadedasLeisnoDireitoAlemao.pdf>. Acesso em 10/06/2013

Muller alerta para casos em que a modulação é influenciada por "democracia de partidos e interesses", nos quais a própria decisão que declara a inconstitucionalidade é também inconstitucional. Cita um caso no qual o Tribunal Constitucional Federal transgrediu seus limites ao julgar os "mandatos excedentes", "mandatos diretos adicionais que um partido pode manter em eleições além da sua cota proporcional de votos". Foi constada pela Corte desigualdade no número de distritos eleitorais em comparação com os estados da federação, mas foi aceita a inconstitucionalidade corrente e dado efeito prospectivo para atingir apenas as próximas eleições que ocorressem com essas mesmas bases inconstitucionais. Muller caracterizou a medida como "excesso de pragmatismo político"¹⁸⁰.

Em verdade, para fazer cumprir a decisão de inconstitucionalidade poderá o Tribunal adotar, além da atitude reservada, podendo coagir apenas os particulares, uma atitude de intervenção decisiva, desde que prevista pela Constituição, para alcançar o cumprimento também pelo governo e pelo Legislativo. Não significa aqui que o Tribunal poderá exercer política ou mesmo interferir no mérito administrativo. Os limites do controle de constitucionalidade estão na própria Constituição ao lado da distribuição de funções entre os Poderes e a justificabilidade das questões.¹⁸¹

No caso de omissão legislativa, entretanto, há uma margem mais extensa de técnicas possíveis para se fazer cumprir a decisão de inconstitucionalidade. A doutrina alemã vislumbra a atuação positiva do Legislativo como um "direito público subjetivo" (*Kalkbrenner, Seiwerth, Denninger e Friesenhahn*). Situação em que, tanto a omissão total, quanto a parcial são rechaçadas, e em caso de lacuna na lei o Tribunal poderá determinar que

180 MULLER, Friedrich. O significado teórico de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade' e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Fonte: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf/> OSignificadoTeoricodeConstitucionalidade InconstitucionalidadeeasDimensoesTemporaisdaDeclaracaodeInconstitucionalidade dasLeisnoDireitoAlemao.pdf. Acesso em 10/06/2013.

181 O controle de constitucionalidade na Alemanha é concentrado em um só Tribunal, mas apesar dele se pronunciar sempre sob o âmbito da norma, subsiste o controle concreto, quando ao se deparar com uma inconstitucionalidade o juiz suspende o curso do processo e afeta a questão ao Tribunal Constitucional para decisão. A decisão do Tribunal Constitucional não afetará "as condições de vida normalizadas legalmente, senão o âmbito, ordenado jurídico-constitucionalmente, da formação da unidade política, da condução geral política e da formação da vontade política.".Suas próprias decisões podem desdobrar efeitos políticos de alcance considerável.". HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. 20ª ed.. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, P.420 e 423/425.

norma de eficácia limitada tenha eficácia plena, caso o Legislativo não legisle no prazo oportunizado pelo Tribunal Constitucional Federal.¹⁸²

Entre os exemplos indicados pelo autor, há destaque para o direito à igualdade de gênero previsto na Lei Fundamental (artigo 117.1 e 3.2), mas não regulado pelas leis infraconstitucionais, o direito à igualdade sucessória tanto para filhos contraídos dentro ou fora do casamento, sem distinção, benefício criado para determinado grupo e não estendido para todos em situação similar. Nos casos de omissão inconstitucional total, não é recomendada a declaração de nulidade para evitar o agravamento da inconstitucionalidade, como nos exemplos da remuneração dos servidores públicos e da pensão ao inválido, cujos valores recebidos são insuficientes para a sobrevivência e ferem os direitos fundamentais, mas sua extirpação do ordenamento jurídico agravaria a inconstitucionalidade.

Diante de tantas técnicas alternativas utilizadas no Direito Comparado, para garantir a eficácia às decisões, percebe-se que, se não houvesse modulação, provavelmente as ações de inconstitucionalidade seriam improvidas para evitar o agravamento da situação. Essa realidade foi constatada por Balle, na Inglaterra, onde a Corte dos Lordes evita anular as leis ainda que inconstitucionais. A estratégia utilizada é promover interpretações forçadas e até *contra legem*.¹⁸³

Percebe-se, assim, que tanto no Direito Comparado quanto no Brasil, aplica-se a modulação exatamente para evitar a declaração de constitucionalidade forçada, por não se ter outra alternativa para a efetividade da medida, sobretudo quando se tratam de relações jurídicas consolidadas civil, administrativa e processualmente.

Dessa forma, faz-se mister discorrer então sobre a interferência do julgamento modulado nas decisões administrativas e na coisa julgada judicial.

182 SEGADO, Francisco Fernandez. El Control de Las Omisiones Legislativas por el 'Bundesverfassungsgericht'. Fonte: <http://www.juridicas.unam.mx>. Acesso em 06.07.13.

183 BALLE, José Maria Lafuente. La judicialización de la Interpretación constitucional. Madrid: Editorial Colex, 2000, p.195.

4.DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.

4.1 Relativização da coisa julgada por força da modulação.

Na doutrina brasileira, inicialmente, o instituto da coisa julgada inconstitucional foi abordado em visões contrapostas, representadas de um lado por Ovídio A. Baptista da Silva, e de outro por Luiz Guilherme Marinoni.

Segundo a teoria de Ovídio Baptista, a relativização da coisa julgada, ainda que inconstitucional, tão somente seria possível mediante propositura de ação rescisória ou de *querela nullitatis*, sendo reprovável a sua desconstituição mediante questão incidente ou prejudicial sob a alegada “injustiça” da sentença. Para ele, a competência é dos Juízos ordinários.

Em contrapartida, Marinoni sustenta que a “desafirmação da coisa julgada é atributo exclusivo do Supremo Tribunal Federal”¹⁸⁴, e que essa relativização seria viável a partir da declaração de inconstitucionalidade, quando a Suprema Corte admite expressamente a retroatividade em detrimento da coisa julgada.

No caso da decisão do Supremo pela inconstitucionalidade de um tributo, tem-se, como efeito imediato, a vedação da Fazenda credora em efetuar as respectivas cobranças, mesmo que o contribuinte não tenha ofertado impugnação administrativa ou judicial¹⁸⁵. Para a teoria de Marinoni, nos casos em que o contribuinte já houver proposto ação judicial e obtido decisão desfavorável transitada em julgado, caberia propor ação rescisória, exclusivamente, se a decisão da Corte Constitucional tiver disposto expressamente sobre a retroatividade, em detrimento da coisa julgada.

Contudo, em posterior estudo sobre a vinculatividade dos precedentes judiciais, o autor reconheceu nas decisões de inconstitucionalidade, a possibilidade de ocorrência de

184 MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Inconstitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.173.

185 Idem. Ibidem, p.172.

revogação do precedente, quando proposta nova ação direta com outra causa de pedir, razão pela qual defendeu que, em sendo o administrado surpreendido não poderia os efeitos desse *overruling* retroagir de forma a desconstituir as relações jurídicas, quer tuteladas ou não pela coisa julgada¹⁸⁶.

Acrescenta que há “distinção entre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade e as consequências substanciais da inconstitucionalidade da lei”¹⁸⁷, concluindo que a nulidade da lei não afasta a constitucionalidade da decisão anterior que transitou em julgado pela constitucionalidade¹⁸⁸. Tal desconstituição seria excepcional quando “necessário para tutelar valor imprescindível ao Estado Constitucional”¹⁸⁹. Sendo, então, competência da Corte Constitucional definir expressamente se sua declaração de inconstitucionalidade vai atingir decisões transitadas em julgado, Dispunha Marinoni que o Supremo se autovincula para os casos futuros, com a ressalva de superação do precedente tão somente diante de “específicas particularidades do novo caso”.

Em obra mais recente sobre precedentes jurisprudenciais, Marinoni equipara a revogação de decisão de inconstitucionalidade à superação de precedente, ao concluir que há identidade nos motivos para a sua ocorrência (“a alteração da realidade social e dos valores da sociedade, a evolução da tecnologia e a transformação da concepção jurídica geral acerca de determinada questão.”) e que no controle abstrato de constitucionalidade, “a coisa julgada material proporciona estabilidade à ordem jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados e não segurança jurídica às partes”¹⁹⁰. “Nenhum direito ou vantagem é deferido diretamente a alguma parte.”.

186 MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Vinculante. A ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. In: Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional. Organização dos Poderes da República. Volume IV. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.), p.882/883.

187 MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Inconstitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.174.

188 Idem. Ibidem, p.174.

189 Idem. Ibidem. p.171.

190 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT, 2010, p.300.

Para o autor, portanto, o limite de revogação de decisão de (in) constitucionalidade em controle abstrato é o eventual prejuízo à previsibilidade¹⁹¹, o que se resolve pela modulação de efeitos.

De um lado, há precedentes citados na obra de Marinoni (ADIN 3.615, DJ 09.03.207, voto da Ministra Ellen Gracie, Reclamação nº 2.600, voto do Ministro Cezar Peluso referente a ADIN 1.851/AL)¹⁹² em que o próprio S.T.F. ressaltou que o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade poderia motivar a rescisão de coisa julgada contrária, em face da não surpresa ao contribuinte, tendo em vista a praxe em conceder liminar nas ações cautelares.

Por outro lado, nas relações de trato sucessivo, sustenta Marinoni que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal atingem de imediato a relação continuativa, sem o condão de retroagir e alterar a coisa julgada, mas como esteio normativo novo a reger relação futura¹⁹³. Nesse sentido, cite-se o precedente da ADC nº741.

Em contrapartida, segundo Ovídio Baptista, até mesmo nas situações de relações continuativas, tão somente seria cabível aplicar os efeitos vinculantes da decisão de (in) constitucionalidade proferida pelo S.T.F. se proposta a competente ação rescisória ou *querela nullitatis*.

Na esfera tributária, tem-se como fator agravante o efeito de extinção do crédito tributário pela coisa julgada. Uma vez extinto, não poderia o Judiciário substituir a autoridade administrativa na constituição do crédito tributário, nem tampouco seria cabível à Administração Pública realizar novo lançamento do mesmo tributo extinto.

Essa discussão integra os votos dos Ministros Eros Grau e Ellen Gracie na apreciação de agravo no Recurso Extraordinário nº594477, afeto ao plenário da Corte, que discute a relativização da coisa julgada, que declarou a inconstitucionalidade da COFINS incidente

191 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT, 2010, p.301.

192 Idem. Ibidem, p.165/166.

193 Idem. Ibidem, p.156.

sobre sociedades prestadoras de serviço. Até mesmo o *parquet* opinou pela manutenção dos precedentes transitados em julgado, tendo em vista que a modulação de efeitos negada pelo Supremo, quando declarou a constitucionalidade da referida tributação, teria abordado realidade fática distinta.

Conclui Marinoni que a declaração superveniente de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade do tributo equipara-se à uma nova norma jurídica, em face das relações jurídico tributárias de trato sucessivo¹⁹⁴, preservando-se os princípios da confiança e da segurança jurídica.

Para parcela minoritária da doutrina, aqui representada por Gustavo Sampaio Valverde¹⁹⁵, a declaração posterior de constitucionalidade pelo S.T.F. não traduziria atuação jurídica nova, visto que há presunção de constitucionalidade de toda e qualquer lei.

Sobre a relativização da coisa julgada, sempre que se reportar a julgamento tido como “injusto”, sustentando que a imutabilidade não é inerente à decisão mas a seus efeitos, cite-se a doutrina brasileira de Humberto Theodoro Junior e Cândido Rangel Dinamarco, que seguiram a proposta de Liebman, inobstante este estender a imutabilidade também ao conteúdo da decisão¹⁹⁶.

Humberto Theodoro chega ao extremo de defender que coisa julgada inconstitucional reflete nulidade, não se subsume a prazos de decadência e prescrição, e são a qualquer tempo relativizadas¹⁹⁷.

Ovídio Baptista reconhece a crise da pós-modernidade e a necessidade de temperamentos à coisa julgada inconstitucional, mas, cautelosamente, ressalva que se torna

194 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT, 2010, p.154.

195 *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Inconstitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.155.

196 *Apud* DA SILVA, Ovídio A. Baptista. Coisa Julgada Relativa? Revista Jurídica, ano 52, nº316, fevereiro de 2004, p.9.

197 *Idem*. *Ibidem*, p.10.

imprescindível “testar o projeto de “relativização” da coisa julgada em sua dimensão, digamos, funcional e pragmática”¹⁹⁸.

A função da pragmática no delineamento dos limites da relativização da coisa julgada mantém-se até a atualidade, sendo objeto de estudo de caso.

Antes da análise estatística e qualitativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, no período após a Lei nº9.868/99, passa-se ao confronto das teorias brasileiras com as teorias portuguesas de Paulo Otero e de Marcelo Rebelo de Souza, e as perspectivas do Direito Comparado para a relativização dos casos julgados, que bem traduzem o que vem sendo seguido pelos doutrinadores pátrios.

4.2 Os efeitos da modulação da inconstitucionalidade em relação à coisa julgada, segundo o Direito Comparado.

Para Marcelo Rebelo de Souza, o valor do ato inconstitucional varia de acordo com o tipo de sanção nos diferentes graus de invalidade.

O autor classifica as espécies de atos inconstitucionais e distingue o valor de seus efeitos de acordo com a natureza política, administrativa, legislativa ou jurisdicional.

Os vícios do ato inconstitucional podem ter relação com o sujeito (falta absoluta e /ou relativa), com a competência (carência de fundamento, usurpação ou incompetência em sentido estrito), com os pressupostos objetivos (inexistência, omissão e imperfeição), vontade (coação moral e estado de necessidade), com a forma ou formalidade, com o conteúdo (“incongruência, desvio de poder, excesso de poder e vício de conteúdo em sentido estrito”), com o desajuste entre vontade e declaração (“coação física e erro na declaração”).¹⁹⁹

¹⁹⁸ *Apud* DA SILVA, Ovídio A. Baptista. Coisa Julgada Relativa? Revista Jurídica, ano 52, nº316, fevereiro de 2004, p.16.

¹⁹⁹ *Idem*.*Ibidem*, p.279.

O que ele denomina de “desvalorização em sentido amplo do ato inconstitucional” está nos campos da inexistência jurídica (inconstitucionalidade material) e da invalidade (inconstitucionalidade formal). O vício tem que ser manifesto e evidente, e se subdivide em vícios orgânicos, de forma e de vontade, “corresponde à identificabilidade formal, orgânica e material.”²⁰⁰

Para Marcelo Rebelo de Souza, a inexistência reflete: “a não produção de efeitos jurídicos”, a “insanabilidade”, a “inconvertibilidade”, a “inconvertibilidade”, a “irredutibilidade”, a “inexecutoriedade pelo poder político do Estado”, “direito de resistência pelos cidadãos”, desnecessidade de declaração jurisdicional, e, por fim, a “não vinculação pelo princípio do respeito dos casos julgados”.²⁰¹

Já no âmbito da validade jurídica, dispõe o referido autor que não terá relevância jurídica quanto à produção de efeitos, e a depender do interesse predominantemente tutelado, se interesse público ou particular, apresentará respectivamente nulidade ou anulabilidade típica, e nulidade ou anulabilidade atípica²⁰². Mas, havendo equilíbrio de interesses tem-se a invalidade mista.

As diferenças essenciais entre nulidade e anulabilidade, independentemente se no âmbito do Direito Privado ou do Direito Público, correspondem às características opostas. Para a primeira, destacam-se “imediatividade, absolutidade, incaducabilidade, insanabilidade e controle jurisdicional de natureza declaratória. Em contrapartida, para a segunda espécie, a suspensividade, a relatividade, a caducidade, a sanabilidade, e a natureza constitutiva do exercício jurisdicional.

No entanto, em contrapartida, eventual ineficácia do ato inconstitucional tem que estar expressamente prevista na Carta Constitucional;

200 DA SILVA, Ovídio A. Baptista. Coisa Julgada Relativa? Revista Jurídica, ano 52, nº316, fevereiro de 2004, p.280.

201 Idem. Ibidem.

202 Idem. Ibidem, p.281/283.

O autor defende um Poder Judiciário integrado no sistema de governo global: "a Justiça Constitucional, para ser pujante, tem de ser mais exigente, mais juridificada e mais jurisdicionalizada"²⁰³.

Enquanto Marcelo Rebelo de Sousa defende que a Corte Constitucional tão somente poderá atingir a coisa julgada inconstitucional, caso previsto expressamente na Constituição, Paulo Otero sustenta uma relativização mais extensa, com base na propositura de ação rescisória para casos indiretos e invalidade na ofensa direta a Lei Maior.

Otero alerta para a preclusão processual de impugnação à coisa julgada processual, quando prescrito o direito de ação²⁰⁴. Mas, se as decisões forem diretamente violadoras, são inválidas. Haveria um princípio português (C.R.P., artigo 3º, nº3) acerca da imprescritibilidade da fiscalização da validade das normas inconstitucionais, e o autor a estende para as decisões que afrontam diretamente a Carta Magna.

Segundo Otero só há um princípio que faça prevalecer o caso julgado inconstitucional: "o princípio da constitucionalidade dos atos jurídicos públicos, quando essa imodificabilidade ou insindicabilidade seja consagrada constitucionalmente" (art.282, nº3 da Constituição Portuguesa)²⁰⁵. O autor defende a criação de um recurso atípico para os casos nos quais tenha precluído os recursos ordinários, equivaleria à ação pauliana constante em nossa doutrina, com a finalidade de desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

Enquanto Marcelo Rebelo de Sousa faz distinção entre a validade ou a invalidade da decisão inconstitucional, a depender do Direito envolvido ser Público ou Privado, Paulo Otero generaliza a relativização sob o fundamento de proteção a princípio constitucional.

203 DE SOUZA, Marcelo Rebelo. legitimação da Justiça Constitucional e composição dos Tribunais Constitucionais. In: legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. J. Souza e Brito et ali. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 227/228.

204 OTERO, Paulo. Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993, p.118.

205 Idem.Ibidem, p.120.

Diferentemente de Portugal, no caso da Alemanha, como adverte Muller, a modulação de efeitos das decisões não interfere direta e imediatamente na desconstituição das relações jurídicas constituídas, sendo imprescindível ação própria para esta finalidade.²⁰⁶

Na Espanha, nos moldes do artigo 40, I da Lei Orgânica do Tribunal, não se admite efeitos invalidatórios retroativos em detrimento da coisa julgada, salvo se a nulidade retroativa da norma aplicada for mais benéfica ao condenado em processo penal, por atos administrativos sancionadores em processo administrativo-disciplinar. A essa exceção, a sentença 45/1989 acresceu a irretroatividade anulatória aos casos de autolançamento tributário ante a inexistência de ato administrativo a ser invalidado, em interpretação do princípio da segurança jurídica.²⁰⁷

No caso concreto julgado pela Espanha, foi declarada a inconstitucionalidade do sistema de lançamento conjunto de imposto de renda pela unidade familiar. O que foi declarado inconstitucional foi a acumulação de rendas em um único lançamento, com solidariedade entre os cônjuges. Mas, segundo a sentença, extirpar esta regra inconstitucional sem que existisse à época norma que determinasse a declaração em separado, seria agravar a situação inconstitucional. No caso sob julgamento, a retroatividade da nulidade da norma iria promover uma desordem na Administração Tributária, que teria que refazer milhões de lançamentos fiscais referentes aos últimos 5 (cinco) anos não acobertados pela prescrição, o que poderia bloquear sua atuação durante anos, colocando em xeque a operacionabilidade do Tesouro Nacional. Graves prejuízos também seriam suportados pelos contribuintes que foram duplamente onerados, porque suportaram o pagamento de novos tributos, estes instituídos para suprir a necessidade de caixa da receita pública, pelos valores não arrecadados a

206 MULLER, Friedrich. O significado teórico de constitucionalidade/inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração e inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Traduzido por Peter Naumann. Fonte <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf>/OSignificadoTeoricodeConstitucionalidadeInconstitucionalidadeeasDimensoesTemporaisdaDeclaracaodeInconstitucionalidadedasLeisnoDireitoAlemao.pdf. Acesso em 10 de junho de 2013.

207 ENTERRIA, Eduardo Garcia de. Justitia Constitucional: La Doctrina Prospectiva em la Declaracion de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales. Revista de Direito Público nº92, outubro-dezembro de 1989. p.10.

conteúdo. Com a nulidade das declarações conjuntas, os contribuintes iriam pagar também pelos tributos não constituídos à época, em verdadeiro aumento da carga tributária²⁰⁸.

Ainda na seara tributária, há célebre caso norte-americano de não devolução de impostos inconstitucionais que foram arrecadados pelo contribuinte, sob o fundamento de que não poderia haver retroatividade da inconstitucionalidade, porque os impostos que foram arrecadados, foram gastos em benefícios públicos usufruídos pelos próprios contribuintes, o que causaria uma desorganização das finanças públicas. Nos Estados Unidos, portanto, só se admite a repetição de indébito de imposto inconstitucional se o seu pagamento tiver sido sob execução forçada, ou sob protesto²⁰⁹. Situações, portanto, de relativização da coisa julgada em processo judicial.

No tocante à preservação da coisa julgada, encontram-se precedentes americanos nos casos *Bradley vs. Richmond School* BD 416 U.S. 696 (1974), que expressamente ressaltou as relações jurídicas consolidadas antes do julgamento, e as partes a elas sujeitas, e os casos da cobrança de pedágio *American Trucking Associations Inc. vs. Smith, e Scheiner*, em que houve debate acerca da possibilidade da Suprema Corte definir os efeitos de sua decisão de forma a atingir relações jurídicas de direito material afetadas pela coisa julgada, pelo *stare decisis* ou pela prescrição legislativa. Na hipótese, os estados do Arkansas e da Pensilvânia cobraram pedágios sobre a mesma rodovia que os ligava territorialmente. As cortes de ambos os estados mantiveram as taxas cobradas. A Suprema Corte Federal então julgou a taxa do estado da Pensilvânia inconstitucional e devolveu os autos para a corte estadual modular em

208 ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Justitia Constitucional: La Doctrina Prospectiva em la Declaracion de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales*. Revista de Direito Público nº92, outubro-dezembro de 1989. p.11.

209 FIELD apud ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Justitia Constitucional: La Doctrina Prospectiva em la Declaracion de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales*. Revista de Direito Público nº92, outubro-dezembro de 1989, P.11. Acrescente-se os seguintes julgamentos nos quais inicialmente teria sido concedido o efeito retroativo da inconstitucionalidade de norma de isenção tributária exclusiva para servidores públicos e funcionários do governo, e diante das 421 (quatrocentos e vinte e uma) ações de repetição de indébito propostas pelos servidores civis e militares do estado de Michigan, a Suprema Corte Americana avocou para si a competência para reapreciar ambos os processos, e determinou a modulação para evitar injustiças e o desequilíbrio do sistema jurídico: *Harper v. Virginia Department of Taxation* 509 U.S. 86 (1993), *Davis v. Michigan Dept. Of Treasury* 489 U.S. 803 (1989). (TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Third Edition. Volume One. New York: Foundation Press, 2000, p.225)

relação às taxas recolhidas entre os anos de 1980 a 1986, e declarou a inconstitucionalidade das taxas impostas pelo estado de Arkansas tão somente a partir de 1987.²¹⁰

Segundo Enterría, tanto a Corte Suprema Americana, quanto os tribunais europeus têm deixado de lado uma construção abstrata de modulação de eficácia da inconstitucionalidade, para substituí-la por uma casuística, numa ponderação das circunstâncias e das consequências indesejáveis da retroatividade em cada caso concreto.

No continente europeu, destacam-se algumas decisões de inconstitucionalidade com modulação para preservar a coisa julgada. Enterría destaca a sentença Markx do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, datada de 13.6.1979, que determinou que o governo belga cumprisse o convênio europeu de liberdades e direitos humanos que subscreveu. O governo belga havia descumprido o convênio porque seu Código Civil previa direitos sucessórios inferiores para os filhos contraídos fora do casamento. A inconstitucionalidade foi modulada porque envolvia um grande número de ações judiciais transitadas em julgado e liquidadas antes do pronunciamento de inconstitucionalidade. Por motivos de segurança jurídica, foi concedido efeito prospectivo ao julgado.²¹¹

A sentença Defrenne, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, datada de 8.4.1976, julgou inconstitucional a desigualdade nas remunerações do trabalho feminino, em parâmetro inferior ao masculino para a mesma função. Mas, diante de inúmeros pedidos de empresas de diversos estados que, igualmente, descumpriram a regra de igualdade posta no tratado europeu, foi concedido efeito prospectivo, em favor da segurança jurídica, e para evitar a quebra econômica do setor. Restou ressalvado o direito à percepção retroativa da equiparação salarial a quem havia proposto ação judicial ou reclamação.²¹² Mais uma tutela à coisa julgada.

210 TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition. Volume One. New York: Foundation Press, 2000, p.217/218.

211 ENTERRIA, Eduardo Garcia de. Justitia Constitucional: La Doctrina Prospectiva em la Declaracion de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales. Revista de Direito Público nº92, outubro-dezembro de 1989, p.8.

212 Idem. Ibidem, p.10.

No caso da Espanha, foi escolhido o modelo americano de prospecção, tanto para atos inconstitucionais e nulos, quanto para os atos apenas inconstitucionais. A Lei Orgânica do Tribunal previa a nulidade, mas a Sentença 45/1989 trouxe a previsão do tribunal fixar o alcance de suas decisões. Contudo, o artigo 40 da Lei Orgânica ressaltou a preservação da coisa julgada, tão somente atingida pela retroatividade da inconstitucionalidade, se for para beneficiar o condenado em processo penal ou em processo administrativo sancionador.²¹³

No tocante ao sistema alemão, constata-se a previsão expressa na lei quanto à desconstituição da coisa julgada penal. Mas para que esse desfazimento se concretize, a parte interessada precisa ingressar em juízo e pleitear essa revisão, que não se dará automaticamente a partir da sentença de inconstitucionalidade da norma que a embasou. Na seara cível, salvo regulamentações diferenciadas em áreas individuais no Código Civil e no Código de Processo Civil alemão, não há retroatividade no tocante aos direitos civil, administrativo e constitucional discutido em processos cíveis. Segundo Muller, a desconstituição da coisa julgada inconstitucional anterior ao pronunciamento de inconstitucionalidade fica a critério das escolhas do legislador e não propriamente do Tribunal Constitucional²¹⁴. Mas, se a decisão transitada em julgado não tiver sido liquidada, ela se tornará inexecutável pela vedação ao enriquecimento sem causa²¹⁵.

Percebe-se, portanto, que, salvo raras exceções, no tocante ao direito penal, tanto no Brasil quanto no direito comparado, o desfazimento da coisa julgada não é produzido de forma automática a partir da decisão de declaração de inconstitucionalidade, apesar de ser usado como fundamento em diversos casos de modulação.

213 ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Justitia Constitucional: La Doctrina Prospectiva em la Declaracion de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales*. Revista de Direito Público nº92, outubro-dezembro de 1989, p.8.

214 MULLER, Friedrich. O significado de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade' e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Traduzido por Peter Naumann. Fonte: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf/OSignificadoTeoricodeConstitucionalidadeInconstitucionalidadeeasDimensoesTemporaisdaDeclaracaodeInconstitucionalidadedasLeisnoDireitoAlemao.pdf>. Acesso em 10/06/2013.

215 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª ed.. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p.500.

Agora, passa-se aos estudos de casos brasileiros de controle abstrato de constitucionalidade, sua modulação e seus efeitos em relação à coisa julgada inconstitucional.

5. O COMPORTAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INCONSTITUCIONALIDADE PROSPECTIVA (LEVANTAMENTO DE DADOS).

5.1. Da metodologia.

Para avaliar o comportamento dos ministros que integram o Supremo Tribunal Federal, foram realizadas pesquisas quantitativa e qualitativa a partir de estudo de casos.

Inicialmente, buscou-se, através do site oficial da Corte Constitucional, o site www.stf.jus.br, o ícone estatísticas, que informa a quantidade de ações de controle abstrato de constitucionalidade julgadas entre os anos de 1988 a 2013, e indica em listagens quais as ações julgadas procedentes, total ou parcialmente, e improcedentes, desde 1993 a 2013 para as ações declaratórias e de arguição de preceito fundamental, e de 1988 a 2013, para as ações diretas de inconstitucionalidade, dados atualizados até 30 de junho de 2013. Foram julgadas cerca de 3.350 ações, dentre as quais 1.232 em análise do mérito, e que foram objeto do presente estudo, e 2.118 ações não conhecidas e rejeitadas preliminarmente.

A partir dessas listagens, foi possível consultar o inteiro teor dos julgados através do acompanhamento processual referido no site oficial, com a ressalva de julgados recentíssimos ou muito antigos, cujos acórdãos não estavam disponibilizados na íntegra²¹⁶, sendo avaliados com base no extrato de ata de julgamento e nos informativos de jurisprudência, disponíveis respectivamente, nos ícones acompanhamento processual e consulta de jurisprudência.

Foi constatado o julgamento de mérito pelo plenário da Corte Constitucional, entre os anos de 1988 a 2013, de 1232 (mil duzentas e trinta e duas) ações de controle abstrato, entre as quais 1.209 (mil duzentos e nove) corresponderam a ações diretas de inconstitucionalidade, 10 (dez) ações declaratórias de constitucionalidade e 13 (treze) ações de descumprimento de preceito fundamental (ADPF's).

216 ADI nº4307/DF, ADI nº4734, ADI nº3745, ADI nº3745, ADI nº3639/RN, ADI nº3193/SP, ADI nº2729/RN, ADC nº4 /DF, ADPF nº171/MA, ADI nº4425/DF, ADI nº12588/DF, ADI nº2416, ADI nº2256, ADI nº1842/RJ, ADI nº1843, ADI 1906, ADI1826, ADI nº1521/RS, ADI nº230/RJ, ED - ADI nº4167/DF, ADI nº903/MG.

Na planilha estatística, elaborada pelo Supremo Tribunal Federal, com a média anual de cerca de 275 (duzentos e setenta e cinco) feitos julgados, a maciça maioria é de ações diretas de inconstitucionalidade, cujos julgamentos giram em torno de 240 (duzentos e quarenta) feitos ao ano.

Todos os acórdãos de julgamento de mérito (1232) foram analisados individualmente, voto a voto, para realização de classificação quantitativa e qualitativa, nos moldes abaixo.

Identificou-se que das 1232 (mil duzentas e trinta e duas) ações de controle concentrado, houve modulação de efeitos decisórios em apenas 37 (trinta e sete) ações diretas de inconstitucionalidade, o que corresponde a 3% (três por cento) dos processos julgados.

Ao longo do lapso temporal pesquisado (1988 a 2013), apenas em 18 (dezoito) casos apresentaram decisão expressa de indeferimento do pedido de modulação, o que somado aos 37 (trinta e sete) casos de modulação, corresponde a cerca de 4,5% dos processos julgados. As demais ações presumem-se julgadas com a regra *ex tunc* de invalidade da norma inconstitucional.

Contudo, como já acontecia na jurisprudência, a concessão de efeitos *ex tunc* não impede a ressalva de validade, desde que expressamente consignada nos votos, como já ocorria nas teorias do fato consumado e do servidor de fato²¹⁷.

Constatou-se, porém, que, antes de 2012, não era aceita a modulação por decisão de ofício, sendo imprescindível, sob pena de preclusão, o requerimento expresso por petição, ainda durante o trâmite da ação de controle abstrato de constitucionalidade. Inúmeros foram os embargos declaratórios rejeitados, a pretexto de tentar modular os efeitos da decisão pretérita²¹⁸.

217 ADI nº4429/SP, ADI nº4291, ADI nº4246/PA e ADI nº2994/SC.

218 ED - ADI nº2791/PR, ED- ADI nº1498, ED-ADI nº2728, ED-ADI nº2996, ED-ADI nº2736, ED-ADI nº2639/PR.

O divisor de águas foi o precedente dos embargos declaratórios nas ações diretas de inconstitucionalidade nº2797/DF e nº2860, julgadas em sessão colegiada, realizada em 17 (dezessete) de maio de 2012. A partir desse paradigma, a Corte passou a admitir que o pedido de prospecção pode ocorrer após o julgamento da inconstitucionalidade, e sua análise é dever dos ministros, independentemente de pedido pelos interessados.

Há uma nítida separação entre os planos normativo e fático (realidade social), competindo ao primeiro a declaração de inconstitucionalidade; e ao segundo, a fixação dos efeitos dessa declaração.

Todavia, em uma pesquisa empírica anterior, realizada sobre o controle abstrato de normas pela professora Soraya Gasparetto Lunardi, e publicada em 2009, havia sido constatado uma mudança na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal, para abranger considerações pragmáticas e consequencialistas, em substituição a retórica técnico-jurídica²¹⁹.

Posteriormente, vamos analisar amostra de precedente em controle difuso, para saber se essa modulação necessariamente interfere no provimento ou improvimento de ações rescisórias, com a relativização da coisa julgada.

Percebeu-se que a aplicação do art.27 da Lei nº9.868/99 ganhou força a partir do ano de 2007, especificamente, com a composição da Corte Suprema com 7 (sete) dos 11 (onze) ministros escolhidos pelo mesmo presidente da República, e todos com posição favorável à modulação. Isto porque, como constatado pela professora Lunardi, até 2008, apenas 12 (doze) acórdãos continham a modulação de efeitos, ainda de forma tímida²²⁰, tendo, entretanto, a presente pesquisa constatado o aumento para 37 (trinta e sete) casos até o ano de 2013, o triplo da quantidade anterior.

Relevante também a alteração realizada em 2009, através da emenda Regimental nº 35, que incluiu no art.13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o voto de

219 LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação Temporal dos Efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. Revista do Curso de Direito da FEAD, nº5, janeiro-dezembro de 2009, p.118.

220 Idem. Ibidem.

qualidade do presidente da Corte para desempate, quando ausente, suspeito ou impedido outro ministro. O número de votos exigido para a eleição do presidente do tribunal é de mais da metade dos membros do tribunal, significa que são necessários 6 (seis) votos dos 11 (onze) ministros que compõem a Corte.

Por sua vez, o quorum exigido pela Lei nº9.868/99 para a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade é de 2/3 (dois terços) dos membros, ou seja, 8 (oito) ministros com votos favoráveis. Atualmente, a Corte Suprema está composta por 8 (oito) ministros escolhidos pelo mesmo partido político.

Ressalte-se que, 8 (oito) também é o quorum mínimo exigido para o julgamento plenário da inconstitucionalidade, sendo necessária a concordância, neste caso, da maioria absoluta (6 ministros), para se declarar a inconstitucionalidade.

Destarte, foi constatado que, a exceção dos ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, os demais membros julgadores comumente se pronunciaram favoravelmente à modulação de forma unânime, ou para conceder ou para negar, demonstrando - após debates orais - uma preocupação com o consenso quanto ao prazo fixado, com corriqueiras retificações de voto para alcançar o quorum necessário à modulação.

Os 37 (trinta e sete) julgados com modulação expressa foram classificados quanto ao prazo, quanto à matéria apreciada e quanto aos beneficiários da medida, respectivamente.

a. Quanto ao prazo:

20 (vinte) ações com prazo fixado na modalidade *pro futuro*²²¹;

16 (dezesseis) ações com efeitos *ex nunc*²²²;

221 ADI nº3022, ADI nº1842/RJ, ADI nº1843, ADI nº1826, ADI nº1906, ADI nº3819/MG, ADI nº3689/PA, ADI nº3316/MT, ADI nº2240/BA, ADI nº3458/GO, ADI nº4125/TO, ADI nº875/DF, ADI nº3243/MT, ADI nº1987/DF, ADI nº2727/DF, ADI nº3601/DF, ADI nº343/ES, ADI nº4270/SC, ADI nº3892/SC, ADI nº4029/AM.

222 ED- ADI nº3756/DF, ADI nº4425/DF, ADI nº4357/DF, ADI nº4167/DF, ADI nº3615/PB, ADI nº2907/AM, ADI nº2501/MG, ADI nº3791/DF, ADI nº4140/GO, ED- ADI nº2797//DF, ED- ADI nº2860/DF, ADI nº3558/RJ, ADI nº2904/PR, ADI nº4414/AL, ADI nº4009, e ADI nº4001.

1 (uma) ação com prazo diferido retroativo à data fixada²²³.

b. Quanto aos beneficiários (todos beneficiando também a Administração Pública Direta ou Indireta):

1 (uma) ação favorável a direito individual homogêneo;

20 (vinte) ações tendo como beneficiários direito difuso (a sociedade);

6 (seis) ações em prol do direito Fazendário;

10 (dez) ações favoráveis a servidor público;

c. Quanto a matéria objeto das modulações:

9 (nove) ações dizem respeito a orçamento público;

9 (nove) ações tratam de serviço público;

10 (dez) ações julgaram direitos de servidores públicos;

4 (quatro) ações trataram de criação ou alteração de município;

3 (três) ações julgaram questões meramente processuais;

1 (uma) ação envolveu direito regulatório;

1 (uma) ação sobre o meio ambiente.

Note-se, entretanto, que em todos os casos modulados vê-se nítida preocupação patrimonial, com fatores econômicos que afetam os setores público e privado, interesse público primário e o secundário, e, em alguns casos, a Administração e o administrado. A essa conclusão igualmente chegou a pesquisa da professora Lunardi, com base nas decisões até 2008, ao reconhecer a preocupação econômica presente nas fundamentações dos julgados.

Constatamos também a prática dos ministros em suspender a sessão de julgamento, quando não atingido o quorum de dois terços, pela ausência de algum ministro. Nestes casos, cria-se nova regra não prevista em lei, de que todos os membros da Corte devem votar acerca da modulação, quando isso for necessário para concedê-la. Mais uma vez apenas o Ministro

223 ADI nº3660/MS.

Marco Aurélio não concorda com o referido consenso, mantendo a coerência e imutabilidade de seus posicionamentos pela inconstitucionalidade da medida.

Verificou-se também que situações em que foi concedida liminar suspensiva da norma inconstitucional, em regra, teve o pedido de modulação negado, por acreditar a Corte que não existiu surpresa ao jurisdicionado, tendo decorrido tempo suficiente para que os destinatários da norma se adaptassem à nova realidade jurídica.

Apesar de não ter sido constatada nenhuma modulação em ações declaratórias de constitucionalidade, foi identificada a respectiva possibilidade, ante a modulação de efeitos em acórdãos de improcedência de 3 (três) ações direta de inconstitucionalidade²²⁴.

Foram analisadas as composições do Supremo Tribunal Federal, ao longo dos anos, detidamente nos julgamentos que concederam ou negaram expressamente a modulação de efeitos do controle abstrato, identificando a origem institucional de cada ministro e o partido que representava o Chefe do Poder Executivo que o nomeou.

Tais dados foram comparados com as motivações dos votos, a convergência de opiniões, para demonstrar possíveis influências dos pares, os beneficiários das decisões, as instituições e os partidos políticos envolvidos nos requerimentos e atingidos pelos efeitos das modulações. Para tanto, foram identificados nos sites das prefeituras e dos governos envolvidos, bem como no site do *wikipédia*, os representantes do Poder Executivo, à época dos fatos julgados.

A origem dos ministros pode até influenciar nas convicções jurídicas de voto, entretanto, não foi diagnosticada nenhuma relação direta entre o exercício profissional do ministro antes do ingresso no Supremo e a modulação de efeitos da decisão. Dos 11 (onze) ministros, tanto aqueles que vieram do Ministério Público, quanto os magistrados de carreira ou mesmo os originados da advocacia, foram em sua grande maioria unânimes na tutela do patrimônio da Administração Pública, ainda que esta tenha sido a causadora da

224 ADI nº3756, ADI nº4029, ADI nº4167.

inconstitucionalidade. Outrossim, foi constatado que quase 100% (cem por cento) dos ministros que integraram à Corte Suprema vieram do exercício profissional em estados do centro-oeste, sudeste e sul²²⁵.

Constatou-se que dos 37 (trinta e sete) casos de modulação deferida com fulcro no art.27 da Lei nº9.868/99, apenas quatro casos foram deferidos antes de setembro do ano de 2007. Foi exatamente após a composição da Corte Suprema ter sido preenchida pela maioria de ministros escolhidos pelo mesmo presidente Partido dos Trabalhadores, que a modulação começou a ser aplicada em maior proporção (33 casos em cerca de 7 anos).

A partir do segundo semestre de 2007, a média de decisões favoráveis à modulação no controle abstrato passou a ser de 4 (quatro) a 5 (cinco) por ano, com destaque para os anos de 2010 e 2013, que tiveram média de 6 (seis) a 7 (sete) decisões favoráveis. Contudo, em 2011, existiram apenas 2(dois) julgados modulados em ADI.

Ao que parece, o assunto modulação passou a ser tratado mais vezes a partir de 2007, até porque maior também foi a proporção de pedidos negados expressamente 12 (doze), em contraponto aos 6 (seis) casos que o antecederam.

225 Ellen Gracie (integrou o quinto constitucional do Ministério Público perante o TRF – 4ª Região), Sepúlveda Pertence (integrou o Ministério Público do D.F., a advocacia, e foi Procurador Geral da República), Celso de Mello (veio do Ministério Público do estado de São Paulo), Marco Aurélio (foi advogado no Rio de Janeiro, juiz togado do TRT da 1ª Região, e ministro do Tribunal Superior do Trabalho), Gilmar Mendes (Procurador da República no D.F., consultor jurídico da presidência, assessor do ministro da justiça, atuou na Casa Civil, e foi Advogado Geral da União), Cezar Peluso (magistrado estadual em São Paulo), Carlos Ayres Britto (advogado, consultor geral do estado de Sergipe, Procurador Geral de Justiça, e procurador do Tribunal de Contas de Sergipe), Eros Grau (advogado em São Paulo), Carmen Lúcia (procuradora do estado em Minas Gerais), Joaquim Barbosa (Ministério Público Federal do Distrito Federal), Luiz Fux (desembargador do TJ/RJ pelo quinto do Ministério Público Estadual, ministro do Superior Tribunal de Justiça), Ricardo Lewandowski (juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo, promovido a desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo pelo quinto da Ordem dos Advogados do Brasil), Dias Toffoli (advogado privado em São Paulo, assessor jurídico da liderança do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados, e advogado geral da União), Teori Zavascki (advogado, juiz federal, , desembargador do TRF 4ª Região, ministro do Superior Tribunal de Justiça), Rosa Weber (juíza do trabalho no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ministra do Tribunal Superior do Trabalho), Menezes Direito (advogado no Rio de Janeiro, ministro no Superior Tribunal de Justiça), Nelson Jobim (advogado, deputado federal pelo Rio Grande do Sul, ministro do estado da justiça), Carlos Velloso (juiz federal em Minas Gerais, ministro do extinto TFR, e ministro do Tribunal Superior Eleitoral).

Mesmo tendo o projeto de lei que tratou da modulação de eficácia sido elaborado por ministro escolhido por partido de direita, o instituto passou a ser mais utilizado pelos ministros escolhidos pelo partido de esquerda.

Além disso, foi a partir de maio de 2012 que a Corte Suprema passou a admitir expressamente essa modulação em decisão de ofício, independentemente de requerimento na ADIN, e até em sede de embargos declaratórios (ADI nº2797/DF e ADI nº2860), ou simples petição nos autos, com decisão em 2013 (ADI nº4425/DF).

Percebeu-se, a partir da análise dos julgamentos de negativa expressa de modulação, que o comportamento da Corte mudou. Anteriormente, em casos de urgência e iminente risco de dano, era concedida cautelar na ação abstrata de controle de constitucionalidade, e, por conseguinte, não era realizada a modulação no mérito, por não ser a decisão meritória mais surpresa à Administração nem ao administrado, ambos já adaptados à nova realidade jurídica. A Corte Suprema passou, então, a adotar o rito abreviado da ação direta de inconstitucionalidade (art.12 da Lei nº9868/99), negando-lhe o pedido de medida cautelar para, no mérito, modular a eficácia como método substitutivo de segurança jurídica.

Passa-se a abordar no subitem seguinte as motivações dos ministros para a concessão ou para a negativa expressa da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade

5.2.Da modulação no controle abstrato de constitucionalidade (motivações para conceder ou para negar).

Da avaliação do inteiro teor dos votos proferidos nas 37 (trinta e sete) ações com modulação de efeitos, e nas 18 (dezoito) ações com negativa expressa da modulação requerida, foi possível traçar o perfil dos ministros que compõem a Corte e identificar os fatores que os influenciam nesse ato decisório.

Percebeu-se que há uma divisão nos julgamentos. Primeiro, julga-se o plano normativo da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade, invalidade ou eficácia da norma inconstitucional, destacando se haverá pronúncia de nulidade.

Em um segundo momento, o julgamento tem continuidade no plano fático, que aborda a realidade social, as consequências da decisão, a aceitabilidade para cumprimento espontâneo do julgado pelos demais Poderes da Federação, e a ocorrência de fato consumado, concedendo-se um prazo "ideal" para o cumprimento do julgado sem causar insegurança pública e sem agravar a situação inconstitucional.

Ambos os planos do julgamento têm assentadas próprias, com quóruns diferentes quanto as exigência de quantidade de ministros presentes e de votos favoráveis ao pronunciamento vencedor. No plano normativo, exige-se a presença apenas de oito dos onze ministros, com pelo menos 6 (seis) votos no mesmo sentido de constitucionalidade/inconstitucionalidade. No plano fático, a lei nº9.868/99 exige 2/3 (dois terços) dos membros, ou seja, 8 (oito) ministros que votem a favor da modulação. Contudo, convencionou-se na jurisprudência que se não for alcançado o quórum necessário à modulação devido à ausência de ministros, o julgamento é adiado para colher os outros votos.

Na análise dos votos que integraram os 37 (trinta e sete) julgamentos foram identificados como argumentos justificadores da modulação: a irreversibilidade dos fatos consumados; a impossibilidade de alteração retroativa do orçamento público; a boa-fé dos beneficiários; a continuidade do serviço público; para evitar o agravamento da inconstitucionalidade; por respeito à coisa julgada judicial e às decisões administrativas; ante questões de segurança pública; surpresa para o jurisdicionado (gestor público ou particular) pela alteração de precedente vinculativo; o fato de não haver outra alternativa jurídica que faça cessar a inconstitucionalidade sem provocar nova situação inconstitucional; no intuito de evitar caos jurídico e caos social; para impedir vácuo legislativo nas hipóteses de omissão inconstitucional; para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio; e viabilizar tempo hábil aos Poderes Executivo, Legislativo, e Judiciário para sanar a inconstitucionalidade sem interromper a prestação do serviço público; diante de jurisprudência controvertida antes da formação de entendimento por julgamento pelo

Supremo Tribunal Federal; para evitar a propositura de um elevado número de ações judiciais que decorreriam do efeito retroativo; preservar princípios constitucionais outros, ora no meio social, ora no meio ambiente, de forma a promover o “resgate da unidade material da Constituição”; e diante do longo prazo de vigência da lei inconstitucional de forma a ter alcançado incontáveis relações jurídicas.

Nos casos que envolveram a criação, extinção ou desmembramento de Municípios, com a alteração da territorialidade de entes limítrofes, a grande maioria dos votos reportava à validade dos atos da vida civil, praticados sob a administração do Município, criado ou alterado por norma inconstitucional. Os Municípios afetados fizeram eleição (prefeitos e vereadores), receberam recursos federais, arrecadaram impostos, movimentaram a economia, receberam cotas de Fundo de Participação Municipal e FUNDEF, exerceram autonomia política, prestaram serviços públicos, exerceram poder de polícia, foram celebrados casamentos, registrados nascimentos e óbitos.

Segundo voto sob a relatoria da ministra Ellen Gracie, nos autos da ADI nº3615/PB, o decurso do tempo de vigência da norma inconstitucional, na espécie 16 (dezesesseis) anos, faz com que não se possam desconstituir, desde a sua origem, as diversas situações jurídicas (nos campos financeiro, tributário e administrativo) .

Em voto sob a relatoria do ministro Eros Grau, na ADI nº2240/BA e na ADI nº3316/MT, foram invocados a boa-fé dos administrados ali domiciliados que supõe ser juridicamente regular a autonomia municipal. A decisão tomou por base ainda o princípio da reserva do impossível na "concretização da Constituição", para justificar a necessidade de modulação dos efeitos sem pronúncia de nulidade, em face do conflito entre o princípio da continuidade do Estado (art.1º da C.F./88), e o princípio da continuidade do serviço público. Para ele, não se poderia exigir outra conduta razoável vinda do Estado²²⁶.

226 “a anulação da decisão política de que resultou a criação do Município avança sobre o que poderíamos chamar de 'reserva do impossível', no sentido de não ser possível anularmos o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agressão ao princípio federativo”

O referido ministro relator fez ainda comparativo com o casamento putativo, numa espécie de "situação excepcional consolidada, de caráter institucional e político", configurando "a força normativa dos fatos".

Assim, diante do juízo de ponderação, o julgador usou da proporcionalidade para identificar o que menos comprometeria a força normativa futura da Constituição, e sua função de estabilização: a agressão ao art.18, §4º da C.F./88 (que exige lei complementar federal para a criação de Municípios), ou a violação ao princípio federativo com a nulidade pretérita de todos os atos praticados pelo Município criado. Nessa hipótese, inclusive, houve retificação de voto para, além da modulação, adequar a decisão para que a inconstitucionalidade viesse sem a pronúncia de nulidade, aderindo-se ao voto do ministro Gilmar Mendes, na escolha do prazo de eficácia da decisão em 24 (vinte e quatro) meses, após a sessão de julgamento.

Em contraponto a essas teorias, existe a posição defendida por Lênio Streck, acerca da submissão de tudo ao sistema simbólico criado pela mutação constitucional, ou como referido por Luís Roberto Barroso, a constitucionalização demasiada de todas as normas e princípios²²⁷.

Mas, para os ministros do Supremo, a problemática da modulação gira em torno do plano fático e não do normativo, o que afastaria a arguição do preceito simbólico em seu desfavor.

Gilmar Mendes, em seu voto, rechaça a tese americana de política judiciária, e afasta a índole política na interpretação dos conceitos indeterminados.

É bem verdade que o administrado é atingido pela decisão de modulação que perpetuou a alteração limítrofe dos municípios por mais 24 (vinte e quatro) meses. Contudo, nos casos paradigmas, as eleições para prefeito estavam em via de acontecer, e se não tivesse sido modulada a eficácia da inconstitucionalidade, os prefeitos novos já assumiriam o

227 BARROSO, Luis Roberto. . Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3ª ed., ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.443.

mandato com as mudanças implementadas, o que interferiria no orçamento do primeiro ano de mandato. Por uma ou outra via, a sociedade estaria afetada ainda que indiretamente pelas mudanças eventualmente implementadas.

Surpreendentemente, dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) meses, concedido pelo Supremo, para que fosse editada a lei complementar pelo Congresso Nacional, este editou a emenda constitucional nº57/08, convalidando todos os Municípios criados e/ou alterados sem a respectiva lei complementar. E manteve a lacuna acerca da lei complementar autorizativa. Tão somente agora, em 2013, o projeto de lei complementar está tendo andamento, com a previsão de criação de 410 (quatrocentos e dez) Municípios, com normas rigorosas quanto ao Estudo de Viabilidade, e plebiscitos com a população de todos os municípios envolvidos (projeto de lei complementar nº47/2010).

No entanto, a própria prejudicialidade dos acórdãos modulados pela Suprema Corte, neste assunto, foi reconhecida pelo próprio Tribunal, nos autos da reclamação nº12873/PA.

Vale ressaltar que o fato mais relevante que envolveu a discussão na ADI nº3689/PA não foi abordado expressamente nos votos dos ministros, sendo inacreditável que dele não se tivesse o devido conhecimento. A faixa de terra, objeto da disputa municipal no estado do Pará, correspondia à maior mina de níquel do país, com R\$120.000.000,00 (cento e vinte milhões) arrecadados nos anos de 2007 e 2008, e R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) mensais, a título de ISS pela prestação de serviços da mineradora²²⁸.

Dos 11 (onze), 06 (seis) ministros²²⁹ à época (10/05/2007) haviam sido escolhidos pelo Partido dos Trabalhadores, tendo todos eles votado favoravelmente à modulação de efeitos em favor do Município de Ourilândia do Norte.

O município de Água Azul, cujo prefeito reeleito (2004 e 2012), Renan Lopes Solto, pertencia ao PMDB, partido que, historicamente, tão somente veio a se filiar ao PT quando da

228 O site de sindicato está disponível em : <<http://www.sindlab.org/noticia02.asp?noticia=11110>>

229 Os ministros Joaquim Barbosa, Ayres Brito, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Cezar Peluso.

eleição de Dilma Rousseff em 2009, apesar de ter participado de alguns ministérios no governo Lula. A ADIN proposta pelo PMDB foi acolhida, entretanto, o único Município favorecido na prática foi o de Ourilândia do Norte (PL) devido à modulação da inconstitucionalidade para que continuasse com a faixa de terra por 24 (vinte quatro) meses, perpetuando-se tal direito com a EC nº57/08, editada pelo Congresso Nacional, nesse ínterim, e que convalidou a alteração territorial da municipalidade.

O partido do prefeito de Ourilândia do Norte, o PL (partido liberal), havia apoiado a eleição de Lula em 2002. Notícias o site *wikipédia*, que o PL também teria apoiado a presidência de Fernando Henrique Cardoso em 1994, tendo rompido com aquele partido em 1998. Dos ministros votantes favoravelmente ao Município de Ourilândia, 5 (cinco) tinham sido escolhidos pelo próprio Lula. Votaram a presidente (Ellen Gracie), o ministro Gilmar Mendes (escolhidos por Fernando Henrique Cardoso - PSDB), ambos tendo exercido presidência e a vice-presidência do STF, escolhidos pelos pares petistas nos anos de 2004, 2006 e 2008, a primeira escolhida por Lula para a presidência do CNJ ainda em 2006, e o segundo para a mesma função em 2008. Votou também Celso de Mello (indicado por Sarney - PMDB) . Só o ministro Marco Aurélio (indicado por Fernando Collor - PRN à época, agora no PTB²³⁰) foi contra a modulação. Não votaram Sepúlveda Pertence (indicado por Sarney - PMDB) e Joaquim Barbosa (Indicado por Lula - PT) porque não estavam presentes durante a leitura do relatório e os debates orais.

Nesse caso, quem requereu a modulação de efeitos foi a governadora do Estado do Pará, à época Ana Júlia de Vasconcelos Carepa, do partido dos trabalhadores (PT). A justificativa do pedido foi a de que não teria sentido prejudicar os atos praticados pelos administrados, 09 (nove) anos após a criação do novo Município.

Há convergência de votos, segundo os envolvimento partidários da indicação dos ministros ou para compor a Corte Suprema ou para liderar a presidência do Conselho Nacional de Justiça, órgão de destaque nacional na interferência do funcionamento do

230 Partido da Reconstrução Nacional

Judiciário. Coincidindo tais nomeações com a época próxima ao julgamento. Logo, restam indícios de influências político-partidárias, além do interesse difuso dos administrados.

Na ADI nº3316/MT estava em discussão a criação do Município de Santo Antônio do Leste, no Mato Grosso, com terra desmembrada do Município de Novo São Joaquim. O julgamento ocorreu em 09/05/2007, e a lei estadual impugnada foi a de nº6.983/98. A ADI foi distribuída em outubro de 2004, proposta pelo Procurador-Geral da República.

Em 1998 o Município de Novo São Joaquim era administrado por Orlando Novais de Brito (à época da ADIN, sem partido). O Ministério Público Federal propôs a ação mediante representação desse prefeito. Segundo ele, o Município teria perdido 38% de seu território, além da perda em sua economia, da maior parte do cultivo de algodão e de soja. Mas, o próprio prefeito teria declarado à época que não é a favor da extinção do novo município.²³¹

O Município de Santo Antônio do Leste, cuja economia forte é a agricultura e criação bovina, foi inicialmente administrado por Pedro Luiz Brunetta, partido PPB.

A lei estadual impugnada decorreu de projeto dos deputados Nico Baracat (PMDB), Humberto Bosaipo (PFL), Quinca dos Santos (PPB) e Moisés Feltrin (PFL), e foi sancionada pelo governador à época, Dante Martins de Oliveira, do partido PMDB (1995-2002), sucedido pelo seu vice-governador Rogério Salles em 2002 (PSDB), e em seguida por Blairo Maggi (PPS - Partido Popular Socialista, governo de 2003 a 2010).

A referida lei determinava a instalação do Município de Santo Antônio do Leste em 1º de janeiro de 2001.

O PPS do governador, à época do julgamento, apoiou Ciro Gomes para a presidência, e como ele ganhou o Ministério da Integração Nacional, o PPS fez parte do governo Lula até 2003 (http://pt.wikipedia.org/wiki/Partido_Popular_Socialista). O estado apresentava nessas

²³¹ Disponível em : <<http://www.diariodecuiaba.com.br/detalhe.php?cod=196577>>

gestões, um alto índice de desmatamento da Floresta Amazônica, segundo o site Wikipédia (http://pt.wikipedia.org/wiki/Blairo_Maggi).

Já o PPB, do prefeito eleito para o novo município de Santo Antônio do Leste, integrou a base de apoio do governo federal no Congresso Nacional, em 2002.²³²

Percebe-se, assim, que mais uma vez a modulação de efeitos manteve administração municipal apoiada pelo governo federal à época. O espaço territorial objeto da lide tinha representação econômica no setor da agricultura.

Não há notícias, nos votos proferidos, de quem teria requerido a modulação da eficácia da decisão. Hoje o entendimento do STF é de que a matéria é cognoscível de ofício.

O julgamento favorável à modulação foi votado por 5 (cinco) dos 6 (seis) ministros indicados pelo governo federal que estava no poder (PT)²³³, e ainda os ministros Ellen Gracie (presidente do STF), e Gilmar Mendes (ambos indicados a compor a Corte por FHC – PSDB) e Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, indicados pelo PMDB (Sarney). Ausente o Ministro Joaquim Barbosa. E com voto vencido do Ministro Marco Aurélio (PRN – Collor).

Assim, mais uma vez, constatou-se a convergência de votos pela modulação entre os pares indicados pelos mesmos partidos, ainda que mediante retificação de voto, como do ministro relator, sendo favoráveis à modulação em favor da municipalidade aliada, votos esses em detrimento do interesse da prefeitura apartidária. Mais uma vez, nota-se influências externas político-partidárias.

Na ADI nº2.240/BA, o proponente foi o próprio Partido dos Trabalhadores, e o cerne da impugnação foi a lei estadual nº 7.619/00, que criava, na Bahia, o município de Luís Eduardo Magalhães, decorrente do desmembramento do distrito que detinha o mesmo nome, e parte do distrito sede do município de Barreiras. O Município novo foi criado e existiu de fato por 6 (seis) anos. A assentada, portanto, tomou por base os demais votos proferidos em

²³² Disponível em <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Partido_Progressista_\(Brasil\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Partido_Progressista_(Brasil))>

²³³ Ayres Brito, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Cezar Peluso.

casos semelhantes no ano de 2007, que postergaram a eficácia da inconstitucionalidade da norma para 24 (vinte e quatro) meses, após o julgamento.

Entretanto, no inteiro teor desse julgamento não há referência de quem teria peticionado pela modulação de efeitos da inconstitucionalidade.

O novo Município de Luís Eduardo Magalhães estava sendo liderado pelo prefeito Oziel Alves de Oliveira, do PP (com coligação com o PFL, PL, PPB, PMN, PTB e PSC, em oposição ao candidato não eleito do PT), com o mesmo prefeito reeleito em 2004. O Município de Barreiras, que perdeu parte de seu território, tinha como prefeito, à época dos fatos, Antonio Henrique de Souza Moreira, do PTB (também com coligação oposta ao PT, não eleito), e quando do julgamento da ADIN, o prefeito já era Saulo Pedrosa de Almeida, do Partido dos Trabalhadores (PT).

Nesse caso em apreço, o julgamento dos ministros, ao que parece, não teve notória influência político-partidárias, uma vez que não coincidiram os votos favoráveis à modulação com o interesse do representante do partido que os nomeou, e que, à época, liderava o país.

Na ADIN nº3615/PB, proposta pelo PFL, o texto impugnado da Constituição estadual (art.51 do ADCT) tinha redação de emenda constitucional nº1, de 1991, regulamentada pela lei estadual nº6590 de 1997.

O referido texto normativo, segundo o proponente da ação, teria alterado os limites territoriais entre os Município do Conde e de Alhandra, tendo provocado prejuízos a este último, tanto para às finanças quanto para a população.

Aqui não houve plebiscito prévio à alteração da municipalidade. O julgamento de procedência da ADIN, ocorrido em agosto de 2006, sob a relatoria da ministra Ellen Gracie, foi pautado nos seguintes termos: “pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito expressa no art.18,§4º”.

A modulação, diferentemente dos precedentes de 2007, aqui, em 2006, optou pelo efeito *ex nunc*. A motivação foi única e exclusivamente o decurso de 16 (dezesseis) anos de existência do desmembramento municipal (“Contesta-se em novembro de 2005 norma promulgada em outubro de 1989”). Respaldou-se a validade das relações jurídicas consolidadas nesse ínterim, nas áreas financeiras, tributárias, e administrativa, concluindo a relatora a impossibilidade de desconstituí-las, desde a origem, sob pena de ofensa à segurança jurídica.

Dessa forma, diferentemente dos outros precedentes de alteração municipal, segundo voto vista do ministro Eros Grau, não teria havido alterações territoriais no mundo dos fatos, não tendo produzido efeitos irreversíveis, porque havia manifesto e sucessivos conflitos territoriais entre as duas municipalidades afetadas, tendo ocorrido sucessivas tratativas políticas entre os seguimentos do Legislativo e do Executivo, com revogações de artigos da Constituição estadual e lei estadual, sucessivas alterações legislativas, e inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça.

Isso ocorreu porque conforme esclarecido pela ministra Ellen Gracie, a faixa de terra sobre a qual recai o litígio seria objeto de área industrial não totalmente implantada e nem em funcionamento ainda. As empresas têm dilação de prazo para se instalarem, sem a necessidade de recolhimento prévio de tributos. Então, para ela, os efeitos seriam significativos a partir do julgamento, e os efeitos que teriam se concretizado até então seriam de menor proporção. O ministro Eros Grau acrescenta que os efeitos *ex nunc* aqui foram dados por prevenção. Os efeitos citados pelos ministros Joaquim Barbosa, Ayres Brito e Ellen Gracie que se pretendiam preservar, seriam os registros civis, as relações jurídicas, arrecadação de IPTU, e o cadastramento de eleitores por exemplo.

Nesse caso, o ministro Joaquim Barbosa divergiu porque entendeu que se devia detalhar que restariam preservadas apenas as relações jurídicas praticadas até a data do julgamento. O Ministro Marco Aurélio aqui acompanhou a relatora e concordou com o efeito *ex nunc* devido à situação emblemática do decurso dos 16 (dezesseis) anos de alteração territorial.

Portanto, essa modulação foi unânime, ressalvada apenas a ausência do ministro Ricardo Lewandowski.

Assim, foram favoráveis à modulação os ministros: Ellen Gracie (PSDB), Sepúlveda Pertence (PMDB), Celso de Mello (PMDB), Marco Aurélio (PRN), Gilmar Mendes (PSDB), Cezar Peluso (PT), Carlos Brito (PT), Eros Grau (PT) e Cármen Lúcia (PT). E Joaquim Barbosa (PT) foi favorável à modulação com restrições, razão pela qual foi vencido. Não houve menção nos votos de quem teria eventualmente requerido a modulação.

À época do julgamento (2006), os municípios de Alhandra e do Conde eram respectivamente liderados pelos seguintes políticos: Renato Mendes Leite (na época do PFL), e por Aluísio Vinagre Régis, do PV.

Todavia, não foi possível aqui constatar influências político partidárias nos votos proferidos, uma vez que não havia dados objetivos, para verificar se algum dos dois municípios foi beneficiado com a decisão. Nenhum dos dois partidos por eles representados tinham nítida bandeira dominante na composição da Corte Suprema.

Destarte, conforme levantamento documental, ainda que ocorra influência política partidária, além das influências externas e internas²³⁴, o controle de constitucionalidade tem como ponto de partida os limites do ordenamento jurídico positivado²³⁵.

Note-se que é a Corte Suprema que, ao modular os efeitos da inconstitucionalidade o faz excepcionalmente, e se reporta inúmeras vezes tratarem-se de *hard cases*, já vistos pelo próprio Dworkin como campo para certa margem de "discricionariedade" do juiz "Hércules".

Ao tratar do assunto, e, nessa esteira de crítica, é o ministro Gilmar Mendes em seus votos, quem recorre à doutrina internacional, a exemplo de Rui Medeiros, para justificar que o

234 ELSTER, Jon. Peças e Engrenagens das Ciências Sociais. Tradução de Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

235 MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

sistema de modulação brasileiro se assemelha ao sistema português, na medida em que, para motivar a prospecção se utiliza de parâmetros constitucionais expressamente previstos, ainda que através de conceitos indeterminados, afastando-se dos modelos americano e austríaco de "simples fórmulas de política judiciária".²³⁶

Nesse julgamento, os ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio foram contra a aplicação do art.27 da lei nº9.868/99. O ministro Pertence chegou até a sustentar a ressalva das situações jurídicas individuais que não são do conhecimento da Corte, em controle abstrato, para que sejam tratadas em sede de controle difuso e não venham a ser alcançadas pelos efeitos normativos modulados²³⁷. Acrescentou que admitiria a prospecção "em situações excepcionais. E o ministro Marco Aurélio aponta o art.27 da Lei nº9.868/99 como uma hipótese de condição resolutiva da inconstitucionalidade, que acredita estimularia a edição de novas leis inconstitucionais.

Ainda no âmbito dos beneficiários difusos alcançados pelas modulações de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, fazemos um destaque para as ações que ressaltaram a continuidade dos serviços públicos²³⁸.

No voto do Ministro Luiz Fux, extensivo às ADI's nº1842/RJ, nº1843/RJ, nº1826/RJ e nº1906/RJ, que discutia o processo decisório acerca da concessão e permissão, organização,

²³⁶ É nesse voto que o ministro Gilmar Mendes se reporta à ADI nº2.157 e nº2.258 que questionam a constitucionalidade do art.27 da Lei nº9.868/99. e a respeito dispõe que o referido dispositivo tem caráter meramente interpretativo porque os conceitos indeterminados de segurança jurídica ou excepcional interesse social "se revestem de base constitucional". Na esteira deste raciocínio, para o ministro Gilmar Mendes a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade poderiam ocorrer em quaisquer matérias de conflitos de normas e princípios constitucionais e não apenas quando tratar de "segurança pública e relevante interesse social". Em verdade as referidas ADI's tiveram seu julgamento sobrestado por ausência de quórum, desde o ano de 2007, com pedido de vista pela ministra Carmen Lúcia, o que segundo o ministro Gilmar Mendes diante das inúmeras aplicações da modulação em julgamentos pela Corte Suprema já indica a sua aceitação como constitucional. Ao que se pôde constatar a partir dos estudos de caso, apenas os ministros Marco Aurélio e o ministro Sepúlveda Pertence demonstraram em seus votos intermitentes contrariedade à aplicação do art.27 da lei nº9.868/99.

²³⁷ O ministro Sepúlveda Pertence admitia a prospecção "em situações excepcionais, nas quais, bem determinado o universo pessoal atingido pela decisão e, por isso, sem risco de atingir eventuais situações jurídicas, cujo reconhecimento possa ser objeto de controle difuso de inconstitucionalidade".

²³⁸ ADI nº1842/RJ, ADI nº1843, ADI nº1826 e ADI nº1906, julgadas conjuntamente, ADI nº4270/SC e ADI nº3892/SC, julgadas na mesma sessão, e para a ADI nº3819/MG, ADI nº4125/TO, ADI nº4140/GO, ADI nº3558/RJ, e ADI nº3430/ES.

planejamento e execução de serviços públicos de interesse comum dos municípios integrantes da região metropolitana do Rio de Janeiro, ele “assinalou que a súbita transferência da gestão dos serviços públicos prestados no âmbito fluminense...”, na área de fornecimento de água e esgoto, sob o comando do governo estadual, “poderia inviabilizar a continuidade dos serviços públicos prestados, bem como ocasionar incerteza jurídica e problemas substanciais aos usuários” (informativo de jurisprudência nº697). Desse modo, na qualidade de relator, o ministro acolheu a proposta do ministro Gilmar Mendes para atribuir efeito pro futuro ao acórdão, postergando sua eficácia para 24 (vinte e quatro) meses após o julgamento. Tempo razoável para que o Estado sanasse os vícios de inconstitucionalidade de suas normas e viabilizasse o exercício da autonomia de cada Município integrante da região metropolitana, em decisões colegiadas.

Segundo Gilmar Mendes, o prazo concedido permite que "lei complementar institua 'estrutura colegiada' para regular o serviço, viabilidade técnica e econômica ao adequado atendimento de interesse coletivo. A estrutura pode ser implementada por acordo, convênios, agrupamento de municípios, agências reguladoras...". (Informativo de jurisprudência nº697). Os partidos que propuseram as ações diretas de inconstitucionalidade foram o PFL, o PDT, e o PT.

Nesse caso, o governador que manteve a tutela do serviço público por mais 24 (vinte e quatro) meses é o atual Sérgio Cabral Filho, do partido PMDB. Como o julgamento ocorreu em março de 2013, relativamente recente, ainda não está disponível o inteiro teor dos votos e do acórdão, para se saber quem requereu tal modulação.

A composição da Corte Suprema tinha os seguintes ministros que votaram favoravelmente à modulação: Luiz Fux (PT), Gilmar Mendes (PSDB), Joaquim Barbosa (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Dias Toffoli (PT), Teori Zavascki (PT), Rosa Weber (PT) e Carmen Lúcia (PT). Ausente o ministro Celso de Mello (PMDB). E vencido o ministro Marco Aurélio (PRN), que era contra a modulação.

Assim, não se percebe, portanto, correspondência em sua maioria entre os partidos que nomearam os ministros, ou entre o partido que está no poder e os votos de modulação favoráveis, ainda que indiretamente ao PMDB.

Mas, nos casos que não havia estrutura regular da Defensoria Pública, que funcionavam mediante convênio com a seccional da OAB, ou através de transposição de outros cargos públicos, como na hipótese das ADI's nº3819/MG, nº 4270/SC e nº3892/SC, foram fixados, respectivamente os prazos máximos de 6 (seis) meses e de 1 (um) ano da data do julgamento, "ao fim do qual, deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988, e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994)". O prazo foi fixado para dar tempo à criação e o preenchimento do quadro de Defensor Público do estado de Santa Catarina e do estado de Minas Gerais.

É possível verificar que os casos similares tiveram prazos diferentes de adequação do órgão em tutela da continuidade do serviço público, porque no estado de Minas Gerais já tinham sido realizados 4 (quatro) concursos, o último em vigor e com mais de 100 (cem) aprovados, que poderiam ser logo nomeados e tomar posse em tempo hábil.

É interessante constatar que, como em outros casos julgados, os ministros levam em consideração fatos extra-autos, enviados pelas partes interessadas por e-mail ou memoriais. Na ADI nº3819/MG, por exemplo, o governador de Minas Gerais informou aos ministros que nomeará os defensores concursados até o final do ano, tendo influenciado na fixação do prazo de 6 (seis) meses, proposto em retificação de voto pelo Ministro relator Eros Grau, que, inicialmente, acreditava ser necessário 2 ou 3 anos.

A ministra Carmen Lúcia ressaltou, em seu voto, que o objetivo não é beneficiar o estado, mas tão somente "o necessitado que tem um direito constitucional previsto no artigo 5º", porque nos 853 (oitocentos e cinquenta e três) municípios a maioria já não teria defensor público.

No entanto, no debate acerca da nomeação de defensores, mediante concurso, foi suscitada outra alternativa para substituir a prospecção: a possibilidade da Administração Pública, diante da urgência, realizar contratos temporários. Esse foi o sentido dos votos iniciais dos ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa, para justificar a negativa da modulação. Nesse caso, percebeu-se claramente uma tentativa dos pares para que houvesse um consenso não apenas na adesão à proposta de modulação, mas quanto ao prazo em que seria fixado. Após os debates, ambos os ministros retificaram seus votos para aderir ao relator. Por conseguinte, a modulação foi unânime, inclusive com o apoio do ministro Marco Aurélio, que fixava o prazo de 24 meses para a eficácia, sob o fundamento de que para ele a norma era constitucional quanto ao aproveitamento de servidores de outros cargos, e o último concurso não teria aprovados suficientes para o preenchimento dos 900 cargos. Mostra-se aqui, uma tendência ao sistema deliberativo de votação quanto à modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade²³⁹.

Porém, na hipótese de todos os ministros de esquerda chegarem a um consenso, e inobstante um ministro de direita (Marco Aurélio) ter reproposto o voto inicial do ministro Eros Grau, os pares não acolheram a retomada do debate. Percebe-se que as influências dos pares são pautadas também pelo partido que os indicaram.

A bandeira levantada no contraponto foi a de que já existem contratos temporários para essa finalidade há mais de 13 (treze) anos, e nova contratação nestes termos seria procedimento mais complexo do que a postergação da eficácia (Gilmar Mendes). Também foi constatada uma preocupação dos ministros em manter coerência com precedentes de inconstitucionalidade anteriormente julgados, como uma verdadeira aplicação da tese de capítulos de Dworkin.

²³⁹ BARROSO, Luis Roberto. Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.438. Segundo o autor, tendo em vista a peculiaridade dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Brasileiro ocorrer em sessão pública, suas votações seguiriam o padrão agregativo (“soma de votos individuais”). Contudo, até mesmo nos debates públicos se vê que acerca da atribuição de efeitos modulados há “construção argumentativa de pronunciamentos consensuais ou intermediários”, típica da votação deliberativa.

Contudo, em mais de um voto, percebe-se uma preocupação em sustentar que a modulação é técnica jurídica de ponderação de princípios e não "um juízo de conveniência e nem opção política" (Gilmar Mendes). Mas, no caso específico da ADI nº3819/MG foi postergado o termo a quo da eficácia nos exatos moldes pedido pelo Governador do Estado. Aqui uma escolha política em favor do governo do partido PSDB (Aécio Neves, em Minas Gerais).

Já no caso de Santa Catarina, o governador era o Luiz Henrique da Silveira, do partido PMDB. A composição da Corte quanto à indicação partidária de cada membro era a seguinte:

Em 2007 (ADIN 3819/MG): Eros Grau (PT), Menezes Direito (PT), Ayres Brito (PT) Sepúlveda Pertence (PMDB), Cezar Peluso (PT), Gilmar Mendes (PSDB), Carmen Lúcia (PT), Marco Aurélio (PRN), que havia se pronunciado pela improcedência da ADIN foi a favor da modulação. Joaquim Barbosa (PT) havia votado contra a modulação e depois retificou o voto para aderir à modulação com a ressalva para vincular a nomeação dos novos concursados. Ricardo Lewandowski (PT), nesse julgamento, tinha sido contra a modulação porque os cargos preenchidos sem concurso atingiriam apenas 20% dos servidores e a Administração Pública, na urgência, poderia realizar contratação temporária. Posteriormente, votou também pela modulação condicional. Ellen Gracie (PSDB) estava ausente. Marco Aurélio, apesar de favorável à modulação, foi o único que não aderiu ao consenso do prazo modulado e, por isso, foi voto vencido.

Em 2012, (ADIN nº4270/SC e nº3892/SC): Luiz Fux (PT), Carmen Lúcia (PT), Ayres Brito (PT), Cezar Peluso (PT), Joaquim Barbosa (PT), Celso de Mello (PMDB), Gilmar Mendes (PSDB), Ricardo Lewandowski (PT), Dias Toffoli (PT) e Rosa Weber (PT). O único que votou contra modulação foi o ministro Marco Aurélio (PRN). Nesse julgamento, houve um consenso entre os ministros quanto à escolha do prazo da modulação, com retificações de voto de alguns ministros.

Todavia, em ambos os julgamentos não foram identificadas correspondências político-partidárias entre os partido representado pelos presidentes que escolheram os ministros, e os partidos dos governadores beneficiados pela modulação.

No caso da ADI nº3558/RJ, o que foi tutelado foi o direito do consumidor e não propriamente a continuidade do serviço público. A lei estadual determinou a instalação de medidores individuais para os sistemas de cobranças pelas concessionárias de água, luz, gás e telefonia fixa. Logo, não há que se falar em benefício político-partidário.

Visando à tutela dos usuários dos serviços cartorários de notário público, foi decidido na ADI nº4140/GO pela inconstitucionalidade da resolução nº2/08 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás, tendo declarado a impossibilidade de resolução criar, recriar, desmembrar ou transformar os serviços notariais.

Dessa forma, foi concedida a modulação *ex nunc*, com efeito para 30 (trinta) dias após a publicação do julgamento, para preservar "a validade jurídica de todos os atos notariais e de registro praticados pelas serventias extrajudiciais" com atribuições alteradas pela resolução inconstitucional. Ressalvada também a validade das etapas finais do concurso unificado para ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro do estado de Goiás porque seguiram a resolução nº4/2008 e não a resolução inconstitucional de nº2/2008.

Segundo dados fáticos levantados nos votos, foram cerca de 50 (cinquenta) cartórios que tiveram as suas competências redefinidas pela resolução inconstitucional, pelo que o retorno ao *status quo ante* promoveria um caos jurídicos para os usuários e para os titulares dos cartórios extrajudiciais. Aqui, ao que parece, não há dado objetivo que leve à conclusão de eventual influência político-partidária.

Ainda na seara de beneficiários difusos, mas já adentrando no assunto relativo a servidor público, a Corte Suprema fixou modulação nos julgamentos das ADI's nº3430/ES e nº4125/TO, para manter contratação temporária e excessivo número de cargos em comissão, ainda que inconstitucionais, para garantir a continuidade do serviço público de saúde, de educação e de segurança pública, até que o quadro fosse preenchido por servidores efetivos.

Os prazos concedidos foram, respectivamente, de 60 (sessenta) dias e 12 (doze) meses. Mais uma vez, houve consenso dos pares quanto ao prazo da modulação, com a ressalva do Ministro Cezar Peluso que não fixava prazo, e do Ministro Marco Aurélio que foi contra a potencialização do fato consumado, tendo suscitado a inexistência de surpresa para a Administração Pública porque precedentes desfavoráveis da Corte eram anteriores à lei.

Destaque aqui para a posição de Ayres Brito na ADI nº4125/TO, ao declarar em seu voto que "essa decisão favorece à Administração Pública e, por conseguinte, aos administrados, mas não ao administrador faltoso". Foi também este ministro que suscitou posição diferenciada para que a modulação fosse setorizada, apenas para os cargos comissionados dos setores pertinentes aos serviços essenciais. Após debates, chegaram à conclusão de ser inviável essa aferição por se tratar de informação que estava na posse do Poder Executivo, interessado direto no desfecho do julgamento (ministra Carmen Lúcia). Aqui mostrou-se a posição apartidária da Corte. Considerando que no referido caso se tratava de 30 (trinta) mil cargos comissionados, mais da metade do quadro total de servidores do Poder Executivo, a sua imediata exoneração inviabilizaria os serviços públicos essenciais. O governador de Tocantins na época da lei estadual (2008), e que foi cassado por corrupção, era o Marcelo de Carvalho Miranda (PMDB), e no julgamento (2010) era Carlos Henrique Amorim, do partido PMDB.

A composição do STF no julgamento da ADIN nº4125/TO foi a seguinte: favorável à modulação: Carmén Lúcia (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Ayres Brito (PT), Eros Grau (PT), Ellen Gracie (PSDB), Gilmar Mendes (PSDB) e Celso de Mello (PMDB). Impedido: Dias Toffoli (PT). Licenciado: Joaquim Barbosa (PT). Contra a modulação: Cezar Peluso (PT), que defendia a contratação temporária, e Marco Aurélio (PRN).

Na época do julgamento da ADIN nº3430/ES (2009), o governador do Espírito Santo era Paulo César Hartung Gomes (inicialmente do PSB e depois do PMDB), reeleito, que havia iniciado a sucessão de contratações temporárias inconstitucionais para serviços essenciais de saúde (2006/2007). A composição da votação favorável à modulação do STF na votação foi : ministro Ricardo Lewandowski (relator - PT), Carmen Lúcia (PT), Eros Grau (PT), Carlos Ayres Brito (PT), Cezar Peluso (PT), Gilmar Mendes (PSDB), Ellen Gracie

(PSDB) e Celso de Mello (PMDB). Ausentes do julgamento Joaquim Barbosa (PT) e Menezes Direito (PT). Voto contrário à modulação: ministro Marco Aurélio (PRN).

Desse modo, percebe-se que, reiteradamente, a maioria de ministros indicados pelo PT têm dado decisões favoráveis ao PMDB. No governo de Lula, alguns ministérios foram concedidos a políticos do PMDB, entre 2003 e 2007²⁴⁰. E agora, no governo Dilma, inclusive, a vice-presidência é do PMDB. Consta-se também essa influência externa na modulação.

Já na hipótese da ADI nº3430/ES, o que foi levado em consideração pelos ministros para deferir a modulação foi a redução do quadro de servidores públicos sob contratação temporária e a pandemia de gripe suína que assolava o país na época. Nesta hipótese, a modulação foi específica para admitir a contratação temporária tão somente para o setor de saúde afeto a debelar a pandemia. O prazo foi fixado em 60 (sessenta) dias, justificado na contratação por emergência. Este lapso temporal também decorreu de ajuste em consenso entre os ministros.

Porém, ao que parece não foi o julgamento de todo favorável à Administração Pública faltosa, em face das restrições impostas e da flagrante tutela difusa da população ante a pandemia de gripe suína.

Sobre matéria relativa a servidores públicos, o S.T.F. julgou a ADI nº4167/DF, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que tratava sobre a constitucionalidade do piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

240 “Com a posse de Luiz Inácio Lula da Silva em 1º de janeiro de 2003 houve gestões para agregar o partido à coalizão situacionista, entretanto as negociações só viriam a se concretizar em janeiro do ano seguinte quando foram oferecidos ao PMDB os ministérios das Comunicações, Minas e Energia e Previdência Social. Lideranças outrora alinhadas a Fernando Henrique se aproximaram do governo e assim José Sarney e Renan Calheiros (duas vezes) ocuparam a presidência do Senado entre 2003/2007 e João Henrique a presidência dos Correios. No segundo mandato de Lula o partido perdeu a Previdência Social mas foi contemplado com Gedel Vieira Lima no Ministério da Integração Nacional e com a escolha de Nelson Jobim para o Ministério da Defesa. Ao todo o PMDB detém seis ministérios. No sentido inverso senadores como Pedro Simon, Mão Santa e Jarbas Vasconcelos se mantêm na oposição. Hoje o maranhense José Sarney preside o Senado e o paulista Michel Temer presidiu a Câmara dos Deputados, sendo o atual vice-presidente da república e presidente do partido.” fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Partido_do_Movimento_Democr%C3%A1tico_Brasileiro

Nesse julgamento, foi modulado o efeito da decisão de constitucionalidade, excepcionalmente, porque havia sido deferida medida cautelar em 17 de novembro de 2008, que considerava como piso salarial o valor da remuneração dos servidores. Como no julgamento de abril de 2011, houve reconhecimento de que o piso salarial é o vencimento, sendo necessária a adequação do orçamento público para providenciar os acréscimos nos pagamentos.

Segundo noticiou o informativo de jurisprudência nº696, os governadores deixaram de cumprir o acórdão de improvemento das ações diretas de inconstitucionalidade em face do suposto efeito suspensivo dos embargos declaratórios. Contudo, decidiram os ministros, em sua maioria, que o fato de existir presunção de constitucionalidade das normas e tendo em vista a revogação da liminar de inconstitucionalidade, a Administração Pública deveria ter preparado o seu orçamento para as mudanças advindas do julgamento de mérito. Essa adequação orçamentária deveria ter ocorrido entre os poderes Executivo e Legislativo, não competindo ao Judiciário interferir nesta seara por meio de modulação de efeitos pro futuro. Foi ressaltado que a oposição de aclaratórios impediria o trânsito em julgado mas não o cumprimento do acórdão prolatado.

Os requerentes das ADIN's e beneficiários da modulação foram os governadores de Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, e Ceará, que à época do julgamento da ADI (2011) e à época da modulação (2013), correspondiam respectivamente a seguinte sequência:

MTS- André Puccinelli (PMDB);

PR- Roberto Requião (PMDB), 01.01.07 a 01.04.10; Orlando Pessuti (PMDB), 01.04.10 a 01.01.11, e Carlos Alberto Richa (PSDB), atual;

SC – Luiz Henrique da Silveira (PMDB), 01.01.07 a 25.03.10; Leonel Pavan (PSDB), 25.03.10 a 01.01.11, e Raimundo Colombo (democratas e social democrático);

RS- Yeda Crusius (PSDB), 01.01.07 a 01.01.11; Tarso Genro (PT), atual.

CE – Lúcio Alcântara (PR), 01.01.03 a 01.01.07, e Cid Gomes (PSB), 01.01.07 a atualidade (reeleito).

Os proponentes dos embargos declaratórios que pugnaram pela modulação foram os governadores de Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Ceará.

A composição da Corte Suprema à época do julgamento dos embargos declaratórios (27.02.13) e que atribuíram os efeitos *ex nunc* foi a seguinte: Joaquim Barbosa (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Celso de Mello (PMDB), Gilmar Mendes (PSDB), Carmen Lúcia (PT), Dias Toffoli (PT), Luiz Fux (PT), Rosa Weber (PT) e Teori Zavascki (PT). Barroso ainda não havia assumido. Neste caso, o informativo de jurisprudência do STF nº696 noticia que foi vencido o voto do ministro Marco Aurélio (PRN) que atribuía maior extensão à modulação. Segundo o informativo de jurisprudência nº696: “O Min. Marco Aurélio, ao prover os embargos em maior extensão, concluía que, presente o ADCT, a lei encerraria piso nacional para os professores consubstanciado na totalidade do que percebido”

Apesar de a modulação ter favorecido os governadores que tão somente precisaram adequar o orçamento a partir do julgamento da ADI, não seria viável a retroatividade de seus efeitos, uma vez que havia sido concedida liminar de inconstitucionalidade e, durante sua vigência, não se poderia exigir conduta diversa da Administração Pública. Ademais, os governadores que propuseram os aclaratórios pugnaram por efeitos pro futuro, que lhes foram negados.

Nesse julgamento, portanto, não se percebe a influência político-partidária como definidora da modulação implantada.

Como o julgamento dos embargos declaratórios, que modularam a eficácia do acórdão de interpretação conforme, foi datado de fevereiro de 2013, o inteiro teor dos votos não está disponível no site oficial da Corte, sendo conferido no informativo de jurisprudência nº696. Conforme teor do referido informativo, os fundamentos da modulação foram os seguintes: não confirmação da medida cautelar, o que "deveria ter conduzido o gestor público

a se preparar" para "os gastos determinados pela lei do piso""segundo os princípios orçamentários da oportunidade e da prudência", discussão sobre eventual reforço financeiro pela União ou sobre o início da exigibilidade dos aumentos estaria englobado na seara de política negociada entre os gestores do Poder Executivo dos estados envolvidos, sendo incabível a interferência do Poder Judiciário na fixação de um prazo de adaptação.

Na ADI nº2904/PR, julgada em abril de 2009, discutia-se a aposentadoria especial de policiais civis, inclusive os que não chegaram a exercer atividade perigosa.

A modulação para manter a validade das aposentadorias já efetivadas visou tutelar a categoria beneficiada (direito coletivo), e reflexamente a segurança pública e a população em geral. Isto porque implicaria o retorno à atividade de militares aposentados durante os 6 (seis) anos de vigência da lei inconstitucional. Segundo a ministra Carmen Lúcia, os cargos respectivos já teriam sido preenchidos por outro concurso. E, segundo o ministro Menezes Direito, muitos dos policiais aposentados à época do julgamento já perfaziam o tempo regular de aposentação integral, conforme noticiado também pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, o Ministro Marco Aurélio foi contrário à modulação por defender se tratar de processo de controle de constitucionalidade objetivo que não caberia analisar situações concretas.

A norma aqui impugnada foi a lei complementar estadual nº93/02, que em seu art.1º, deu nova redação aos incisos I, alínea a e b , II, e III do art.176 da lei complementar estadual nº14/82. O governador do estado do Paraná à época do julgamento (04/2009) foi Roberto Requião, do partido PMDB, com mandato entre 01.01.03 a 04.09.06 e entre 01.01.07 a 01.04.10.

Apesar de a manutenção de aposentadoria especial aos policiais militares, concedida sob o governo do PMDB, que integrou a base aliada do PT, não há influência político-partidária relevante que trouxesse eventual benefício para o partido que ainda estava na situação. A composição da Corte de julgamento a favor da modulação foi a seguinte: Menezes Direito (relator - PT), Carlos Ayres Britto (PT), Carmen Lúcia (PT), Cezar Peluso (PT), Eros Grau (PT), Joaquim Barbosa (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Celso de Mello (PMDB).

Ausentes: Gilmar Mendes (PSDB) e Ellen Gracie (PSDB). Vencido o ministro Marco Aurélio que votou pelo efeito *ex tunc*.

Agora, passa-se à análise dos julgamentos pertinentes ao orçamento público, onde imperou a máxima do fato consumado em favor do poder executivo, com gastos de pessoal ou mesmo com a utilização do resultado de arrecadação com as custas judiciais. Na ADI nº3756/DF, para alguns com “modulação” concedida em sede de embargos declaratórios (ADI_ED nº3756/DF), para outros, como o ministro Ayres Bito, não se tratou de modulação, mas tão somente de aplicação da lei de responsabilidade fiscal (art.23 da LC nº101/2000).

No caso, o Distrito Federal, com base na decisão de nº9.475/00, do Tribunal de Contas/DF, obteve o mesmo tratamento destinado aos municípios quanto aos gastos com pessoal, tendo apresentado boa-fé quanto ao uso de percentuais maiores na sua lei de diretrizes orçamentárias, nunca lhe tendo sido negada operação de crédito perante o Tesouro Nacional por eventualmente descumprir percentual de despesa, tendo inclusive, após o julgamento da ADI nº3756/DF, que lhe aplicou percentual de despesa com pessoal menor (pertinente ao estado), editado resolução nº229/07 para sua adequação gradativa.

Destarte, nos embargos declaratórios, o pedido de modulação foi formulado pelo governador do Distrito Federal, à época da distribuição e do julgamento dos embargos, José Roberto Arruda, envolvido no escândalo do mensalão do DEM, do partido do Democratas, sob o fundamento de que lhe estaria sendo negado pelo Tesouro Nacional, aval para empréstimos com Banco Interamericano e com o Banco Mundial. O pedido foi de atribuição de efeitos *ex nunc* porque a resolução nº229/07 havia previsto a adequação das despesas com pessoal nos 2 (dois) quadrimestres após o trânsito em julgado da ADI nº3756/DF, nos exatos moldes da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Os fundamentos para a modulação foram: a impossibilidade de retroceder o orçamento público, o comprometimento da “continuidade de políticas públicas responsáveis por uma maior qualidade de vida da população distrital”, “excepcional interesse público”, “inúmeras relações jurídicas travadas de boa-fé”. “durante 7 (sete) anos de existência da lei, esse percentual extrapolante foi praticado”, “lastreado numa autorização formal do tribunal de

contas do DF assim como em leis de diretrizes orçamentárias”, “alterou o paradigma interpretativo que norteava a práxis financeira daquele poder”, não há como se amoldar de modo retroativo porque as despesas já foram realizadas.

O julgamento dos embargos declaratórios aqui, pela segunda vez, teve o acolhimento da modulação de forma unânime, sob a seguinte composição da Corte: Carlos Ayres Britto (relator – PT), Ricardo Lewandowski (PT), Eros Grau(PT), Cezar Peluso (PT), Gilmar Mendes (PSDB), Marco Aurélio (PRN), Joaquim Barbosa (PT), Menezes Direito (PT), e Celso de Mello (PMDB). Ausentes Carmen Lucia (PT) e Ellen Gracie (PSDB).

O governador do Distrito Federal beneficiado à época foi José Roberto Arruda, à época do PFL, e envolvido em vários escândalos de desvios de verbas públicas.

Todavia, não foi demonstrado nenhum dado objetivo de influência político partidária, até porque o partido político que representava o governo do Distrito Federal era partido de direita, e a maioria da composição da Corte nomeada por partido oposto.

Outrossim, a decisão está de acordo com as exigências da lei de responsabilidade fiscal.

Já no estado de Goiás (ADI nº3458), a discussão orçamentária teve origem em lei manifestamente inconstitucional (lei estadual nº15010/04), pela violação a independência e harmonia dos poderes, porque destinava ao Tesouro Estadual a função de administrador das contas de depósitos judiciais

Foi ressalvado pelo ministro Menezes Direito (PT) que é salutar ao estado “disciplinar as suas contas públicas por meio de conta única”, com a ressalva de que não poderia “coactar recursos que pertençam ao Poder Judiciário, incluída sua administração e os recursos que podem advir das aplicações feitas”, recursos que mantêm a máquina do Judiciário.

Os fundamentos para a modulação da inconstitucionalidade foram os seguintes: a lei inconstitucional teve vigência de 2002 a 2008, efeitos *ex tunc* “resultariam prejuízos e

insegurança jurídica, uma vez que o Sistema de Conta Única de depósitos judiciais no âmbito do estado de Goiás obedeceu ao procedimento nela contido”, em relação ao termo a quo da eficácia da decisão de inconstitucionalidade de 60 (sessenta) dias após o trânsito em julgado, foi considerado como “tempo hábil à organização do estado de Goiás no que tange ao recolhimento das custas judiciais e extrajudiciais”, para “evitar qualquer situação que quebre a segurança dos jurisdicionados, inclusive, e não apenas da entidade”. Apenas o ministro Marco Aurélio foi contra a modulação e a favor da reposição do numerário em favor do Poder Judiciário.

Votaram a favor da modulação os seguintes ministros: Carlos Ayres Brito (PT), Cezar Peluso (PT), Gilmar Mendes (PSDB), Eros Grau (relator - PT), Menezes Direito (PT), Carmen Lúcia (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Ellen Gracie (PSDB). Ausentes à sessão os ministros Celso de Mello (PMDB) e Joaquim Barbosa (PT).

O governador beneficiado com a medida foi Alcides Rodrigues, do partido PP, partido progressista. Nas eleições de 2008 o PP e o PT mantiveram aliança em 22 municípios de Goiás, apesar de que o PT lançou candidatura própria nas eleições para o governo do estado.

Nesse caso, além das questões orçamentárias, poderá ter havido também influência político-partidária.

Já no precedente da ADI nº3660/MS, a destinação das custas judiciais foi desviada para associações de natureza privada, por força da lei estadual flagrantemente inconstitucional de nº1.936/98.

Aqui os beneficiários eram titulares de direito individual privado, entretanto, foi levado em consideração o decurso do tempo de vigência da lei inconstitucional, e a controvérsia jurisprudencial acerca do tema até o advento da emenda constitucional nº45/2004. Pretendeu-se preservar o patrimônio dessas associações evitando sua quebra, bem como impedir a propositura de inúmeras ações judiciais para a repetição de indébito do referido valor das 11 (onze) associações beneficiadas, e a teoria do fato consumado.

Os ministros Joaquim Barbosa (PT) e Marco Aurélio (PRN) proferiram votos desfavoráveis à modulação, tendo em vista que os interesses tutelados eram “corporativos, individuais”, devendo ser reservado o instituto da prospecção para situações excepcionais de “repercussão maior no campo social”, além do que, foi para eles caso flagrante de inconstitucionalidade e a modulação estimularia o descumprimento do ordenamento jurídico”. Votaram a favor da modulação os ministros: Gilmar Mendes (relator- PSDB), Sepúlveda Pertence (PMDB), Eros Grau (PT), Celso de Mello (PMDB), Ellen Gracie (PSDB), Ricardo Lewandowski (PT), Carmen Lúcia (PT), Carlos Ayres Brito (PT), Cezar Peluso (PT). Vencidos os ministros Marco Aurélio (PRN) e Joaquim Barbosa (PT), que aplicavam o efeito *ex tunc*.

Mais uma vez não se constituiu dado objetivo que denotasse eventual influência político-partidária.

Ainda no aspecto orçamentário, tem-se recente decisão inovadora do ministro Luiz Fux, nos autos das ações diretas de inconstitucionalidade, julgadas em conjunto, ADI nº4357/DF e ADI nº4425/DF. O ministro relator, em sede de medida cautelar, decidiu monocraticamente e, após o julgamento de mérito, modular os efeitos da decisão, ainda que provisoriamente até o julgamento definitivo em sessão plenária.

A matéria trata da expedição de precatórios, e segundo o ministro, a liminar foi concedida no intuito de não prejudicar os credores dos referidos precatórios, que já estavam sendo tutelados pela declaração de inconstitucionalidade e não poderiam ter seu direito ao pagamento cerceado.

O pedido de modulação mediante medida cautelar foi feito pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que nem era parte no processo de controle de constitucionalidade (proposto pela Confederação Nacional da Indústria). A Confederação da OAB noticiou a “paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do país”, “enquanto não modula os efeitos da referida decisão”.

Desse modo, a modulação monocrática foi concedida para determinar o seguinte:

“a imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma que vinham sendo realizado até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 14 de março de 2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro.”.

Inobstante o benefício aos orçamentos públicos nos âmbitos, federal, estadual e municipal, que não terão inscritos para pagamento no ano seguinte os acréscimos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade, as partes credoras e os respectivos advogados igualmente foram beneficiados.

Poderá ter havido influência político partidária, mas não exclusivamente.

Aqui notou-se a quebra de coerência com decisões anteriores da Corte, onde não se admitia a suspensão de efeitos do acórdão prolatado em ação direta de inconstitucionalidade, enquanto pendente embargos declaratórios, e nem tampouco apreciava pedido nos autos de terceiro que sequer é parte ou *amicus curiae* na ação principal. Além do que, foi a primeira vez que a modulação de efeitos foi tratada em sede de medida cautelar e de forma monocrática.

Ainda no âmbito de orçamento público, a discussão acerca da omissão inconstitucional na disciplina e do cálculo dos recursos dos fundos de participação referente aos coeficientes individuais de cada estado-membro, foi objeto de 4 (quatro) ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº875/DF, ADI nº3243/MT, ADI nº1987/DF e ADI nº2727/DF). As ações pugnam pelo equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios.

Os proponentes das ações foram os governadores dos estados do Rio Grande do Sul, do Paraná, de Santa Catarina, de Minas Gerais, do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás.

À época do julgamento (24.02.10), os governadores estavam distribuídos nos seguintes partidos:

RS: Yeda Crusius (PSDB);
PR: Roberto Requião (PMDB);
SC: Luiz Henrique da Silveira (PMDB);
MG: Aécio Neves (PSDB)
MT: Blairo Borges Maggi (PPS)
MS: André Puccinelli (PMDB)
GO: Alcides Rodrigues (PP)

A composição da Corte foi a seguinte: votaram favoravelmente à modulação os ministros Gilmar Mendes (relator – PSDB), Cezar Peluso (PT), Ayres Britto (PT), Joaquim Barbosa (PT), Eros Grau (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Carmén Lúcia (PT), e Dias Toffoli (PT); ausentes: ministros Celso de Mello (PMDB) e Ellen Gracie (PSDB); vencido parcialmente Marco Aurélio (PRN), que votou contra a modulação, em face de defender não ser possível fixar prazo para o Poder Legislativo legislar.

As razões que pautaram, a modulação de eficácia da decisão de inconstitucionalidade por omissão legislativa foram as seguintes: a declaração de nulidade não resolve a inconstitucionalidade por omissão, seria concedido prazo razoável para a atuação do Legislativo, ressaltando as consequências desastrosas para a ordem jurídica como efeito da omissão no caso concreto, precedentes anteriores no mesmo sentido de ampliar o papel do Judiciário, além de mero legislador negativo, e, por fim, o vácuo legislativo criado com o efeito retroativo de nulidade inviabilizaria a transferência de recursos pelos índices da LC nº62/89 (índices inicialmente restritos aos anos 90 e 91).

Os beneficiários da modulação foram o Poderes Executivo de cada estado-membro que tiveram em seu favor provimento para alterar seus orçamentos ao término de 2 (dois) exercícios financeiros. Contudo, na prática, o Poder Legislativo permanece omissivo na disciplina dos coeficientes de fundo de participação dos estados-membros. Os partidos políticos beneficiados com a modulação foram o PMDB, PSDB, PP e PPS, todos em 2010, época do julgamento.

O PMDB chegou a ocupar diversos ministérios nos dois mandatos de Lula - no primeiro mandato: Comunicações, Minas e Energia e Previdência Social, e no segundo mandato: Ministério da Integração Nacional e Ministério da Defesa - além da vice-presidência do governo de Dilma.

O PSDB, sendo historicamente de oposição ao PT, foi o partido que em 2008 teve a segunda maior votação proporcional em todo o Brasil, assumindo 790 (setecentos e noventa prefeituras) e 5897 (cinco mil oitocentos e noventa e sete) vereadores.

O PPS tem histórico de oposição ao PT e aos governos de Lula e de Dilma.

O PP, após a eleição de Lula como presidente em 2003, integrou a base aliada do governo no Congresso Nacional, apoiou o PT em algumas candidaturas municipais, tendo em 2010 apoiado a candidatura de Dilma Rouseff.

Como, em verdade, a medida beneficia tanto governos dos partidos aliados ao PT, como os demais governos que demandam atualização de seus coeficientes de rateio, não há como se identificar objetivamente intenção político-partidária definidora da modulação.

Assim, com o decurso do prazo da modulação (31.12.2012), e não tendo até o momento o Congresso Nacional concluído os trâmites da lei complementar regulamentadora do rateio do fundo de participação dos estados, foi proposta nova ação de inconstitucionalidade por omissão, a ADO nº23.

Dessa vez, a ação foi proposta pelos estados da Bahia, do Maranhão, de Minas Gerais e de Pernambuco, com pedido de medida cautelar, à luz da lei nº12.063/09, para garantir o rateio este ano de 2013.

A ação foi proposta no recesso, o que viabilizou a concessão monocrática da cautelar pelo ministro Ricardo Lewandowski, prorrogando o prazo de validade da Lei Complementar nº62/89, anteriormente julgada inconstitucional, por mais 150 (cento e cinquenta) dias, prazo

igualmente já transcorrido. O ministro aduziu que vislumbra o esforço do Congresso Nacional com o trâmite de diversos projetos de lei complementar.

Esta nova ADIN já está pronta para julgamento com o parecer favorável do Ministério Público Federal, e o ingresso como *amicus curiae* dos governadores dos estados do Ceará, de Goiás, da Paraíba, de Alagoas, de Sergipe, de São Paulo e do Tocantins. O seu relator é o ministro Dias Toffoli.

Inobstante o interesse dos representantes dos governos estaduais que estão sendo tutelados, é o fruto do rateio dos fundos de participação o utilizado para cobrir os gastos também para os serviços prestados aos administrados, configurando igualmente interesse público difuso. Não há, portanto, influência político-partidária exclusiva e determinante.

Acerca da tutela dos direitos dos servidores públicos, muitos foram os julgamentos com modulação²⁴¹.

Na ADI nº3022/RS, que teve como requerente o Procurador- Geral da República, foi proferida decisão de inconstitucionalidade da alínea a do anexo II da lei complementar estadual nº9.230/91, que previa como função da defensoria pública assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais”.

Destarte, o voto de modulação que foi acolhido pela maioria da Corte foi para fixar data no futuro para cessar essa representatividade judicial, foi a partir de 31 de dezembro de 2004, considerando que o julgamento ocorreu em 02 de agosto de 2004.

A modulação de efeitos aqui foi requerida pela Advocacia Geral da União, para não gerar “prejuízo injustificado” para as partes envolvidas, porque não há atribuição equivalente para a Procuradoria-Geral do Estado. Os beneficiários da modulação foram o servidores

²⁴¹ ADI nº3022/RS, ADI nº2907-0, ADI nº3791/DF, ADI nº4009/SC, ADI nº4001, ADI nº2797/DF, ADI nº2860, e ADI nº3601/DF

estaduais processados por ato praticado em razão do exercício e suas atribuições funcionais, tutelados por defensor público civil e penalmente.

Os fundamentos da modulação corresponderam a: concessão e prazo razoável para o legislador estadual disciplinar adequadamente a matéria quanto a quem irá dar continuidade ao patrocínio dos servidores, para não causar prejuízos desproporcionais aos servidores com defesa já realizada pela defensoria pública.

A composição do julgamento colegiado foi a seguinte: votaram favoravelmente a modulação pro futuro os ministros Nelson Jobim (PSDB), Sepúlveda Pertence (PMDB), Celso de Mello (PMDB), Carlos Velloso (PRN), Ellen Gracie (PT), Gilmar Mendes (PSDB), Cezar Peluso (PT), Ayres Brito (PT), Joaquim Barbosa (PT). Vencido Marco Aurélio (PRN) que atribuía efeito *ex tunc*. Vencido Eros Grau (PT) que fixava efeito *ex nunc*.

O governador do Rio Grande do Sul à época da lei complementar (1991) foi Alceu de Deus Colare, do PDT, e à época do julgamento (08/2004), Germano Rigotto, do PMDB.

Considerando o interesse coletivo envolvido no julgamento, tendo em vista os beneficiários corresponderem aos servidores públicos estaduais, não há, neste caso, nítida influência político-partidária, uma vez que não há acréscimo ou prejuízo a partido político ou representante do Executivo que o represente na unidade local.

Na ADI nº2907/AM, julgada em agosto de 2004, a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade tratou do horário de expediente forense, fixado e alterado pela portaria nº954/2001, ato monocrático e não decisão colegiada (resolução). Os efeitos concedidos foram *ex nunc* para preservar os atos praticados naquele expediente forense alterado, tutela da segurança do jurisdicionado que faz uso do serviço.

A Corte estava composta pelos seguintes ministros: votaram favoravelmente ao efeito *ex nunc* os ministros Cezar Peluso (PT), Celso de Mello (PMDB), Carmén Lúcia (PT), Menezes Direito (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Eros Grau (PT), Joaquim Barbosa (PT),

Ayres Britto (PT), Ellen Gracie (PSDB). Vencido o ministro Marco Aurélio (PRN). Ausente Gilmar Mendes (PSDB).

Nessa análise, não há fator político partidário relevante.

Na ADI nº3791/DF, foi declarada a inconstitucionalidade da lei distrital nº935/95, que instituiu gratificação por risco de vida aos policiais e bombeiros militares do Distrito Federal, em usurpação da competência legislativa da União (inciso XIV do art.21 da C.F./88).

A modulação foi concedida com efeitos *ex nunc*, tendo em vista a natureza alimentar das verbas e a presunção de boa-fé em favor dos militares, que não deram causa à inconstitucionalidade, e sua revogação retroativa causaria situação mais conflitante. Eros Grau acrescentou que a lei vigeu por onze anos e a mora não foi do Judiciário. Ricardo Lewandowski ressaltou a preservação da segurança jurídica ante a presunção de constitucionalidade das normas e a inexistência de prova de má-fé dos beneficiários. Acrescentou o excepcional interesse social por se tratar de categoria funcional que presta relevante serviços à coletividade, com vencimentos modestos.

Foram favoráveis à modulação *ex nunc* os ministros Ayres Britto (PT), Menezes Direito (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Carmém Lúcia (PT), Cezar Peluso (PT), Celso de Mello (PMDB), Gilmar Mendes (PSDB) e Eros Grau (PT). Mais uma vez o Ministro Marco Aurélio (PRN) foi contrário à modulação por acreditar que seria estímulo à atuação parlamentar à margem da Constituição Federal. Ausentes os ministros Ellen Gracie (PSDB) e Joaquim Barbosa (PT).

Também nesse caso, no início do julgamento em sessão pública de 29.11.07, não havia quorum para modular pela ausência de alguns ministros, foi o julgamento suspenso e retomado apenas em 16.06.10, quase três anos depois.

O governador do D.F. à época da lei complementar distrital foi Cristóvam Buarque (que era do PT), e à época do julgamento o Rogério Rosso (PSD).

Ainda que tivesse tratado de manobra política para agradar à classe atingida, tem-se por coerente com o sistema e com precedentes anteriores do Supremo, o fato de que verba alimentar recebida de boa-fé é irrepetível, o que por si só justificaria a modulação *ex nunc* concedida.

O que é de estranhar, entretanto, é o processo ter seu julgamento suspenso e assim permanecer por quase 3 (três) anos (de 29.11.07 a 16.06.10), devido ao pedido de vista do ministro Ricardo Lewandowski, já que não havia quorum para modular. Durante esse período de suspensão do julgamento, a gratificação continuou sendo recebida pela classe, mesmo tendo voto de 7 (sete) ministros concordado quanto a sua inconstitucionalidade de forma unânime. Na época, era governador do Distrito Federal José Roberto Arruda (que era do Democratas e teve seu mandato cassado em março de 2010) e Paulo Octávio Alves Pereira (DEM), vice-governador que assumiu com a cassação do mandato.

Nesse ponto, é notória a influência política, mas não se nota essa modulação como exclusivamente político-partidária, ainda que tenha sido o governador do PT quem implantou tal gratificação, até porque não seria razoável para que os beneficiários de boa-fé tivessem que devolver a gratificação recebida. Outrossim, há grau de risco na profissão a justificar o recebimento da verba.

Nas ADI's nº4009/SC e nº4001/SC, julgadas conjuntamente, e que envolveram equiparação e vinculação salarial de servidores públicos, policiais inclusive, igualmente houve fixação de efeitos *ex nunc*.

Ambas as ações foram propostas pela ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, em impugnação às leis complementares estaduais nº55/92, art.4º, art.106, §3º, nº99/92, at.1º, nº254/03, arts.11 e 12, e art.10, §1º, que instituíam a equiparação e vinculação de remunerações entre servidores estaduais integrados em distintas carreiras, com cargos de denominação e atribuições diferentes.

A justificativa dos votos que concederam a modulação correspondeu ao longo período de vigência das leis inconstitucionais (desde 1992), os efeitos *ex tunc* resultariam

prejuízos e insegurança jurídica. Segundo voto do ministro Gilmar Mendes, caso declarada a nulidade ficar-se-ia sem parâmetros de vencimentos, e poderia estar obrigando o Estado a pleitear a repetição de indébito, em grande insegurança jurídica. Segundo o ministro Eros Grau a preocupação não seria com o Estado e sim com os servidores que receberam de boa-fé e que se não houver a ressalva serão obrigados a devolver o dinheiro. Ricardo Lewandowski acrescenta que se passaram 6 (seis) anos desde a tabela de equiparação fixada por ultimo, em 2003.

Aqui Gilmar Mendes esclarece a diferença entre se pronunciar a nulidade da norma e se declarar a sua inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, ressaltando que no primeiro caso caberia a ação rescisória, a revisão de atos concretos, a revisão de atos administrativos, para se pedir a devolução dos pagamentos a maior recebidos em decorrência da equiparação inconstitucional.

Já Cezar Peluso destaca, em seu voto, ponto interessante acerca do plano da modulação. Tendo o julgamento de inconstitucionalidade ocorrido em fevereiro de 2009, os vencimentos fixados pela lei inconstitucional caducarão e repristinam-se os vencimentos de muitos anos atrás (antes de 1992). Para ele, com a fixação de efeitos *ex nunc*, permitir-se-á ao estado-membro se preparar para editar rapidamente “lei que ponha termos mais ou menos justos os vencimentos dos servidores públicos”.

Joaquim Barbosa, Marcos Aurélio e Menezes Direito inicialmente foram contra a modulação ante a flagrante inconstitucionalidade e patente nulidade da regra.. Após os debates, Menezes Direito retificou o voto para aderir à modulação *ex nunc*.

Nesse julgamento, houve sugestão de modulação em prazo de 30 (trinta) dias (Eros Grau), em prazo de 6 (seis) meses (Gilmar Mendes) e *ex nunc* (Carmen Lúcia), tendo retificações de voto para aderir ao quorum da modulação *ex nunc*.

A composição do julgamento findou assim: os ministros favoráveis à modulação foram Gilmar Mendes (PSDB), Celso de Mello (PMDB), Eros Grau (PT), Ellen Gracie

(PSDB), Ricardo Lewandowski (PT), Cezar Peluso (PT), Carmén Lúcia (PT), Ayres Britto (PT) e Menezes Direito (PT). Vencidos Joaquim Barbosa (PT) e Marco Aurélio (PRN).

Na época do julgamento (fevereiro de 2009), o governador de Santa Catarina era Luiz Henrique da Silveira (PMDB), a quem foi determinado a adequação do quadro de vencimentos dos servidores públicos do Poder Executivo, ressaltando-se que não seria direito a repetição de indébito do que teria sido pago a maior por equiparação inconstitucional.

Nesse caso, não se verifica concordância entre interesses político-partidários eventualmente representados pelos ministros e pelo governador atingido pela decisão de inconstitucionalidade modulada.

Ainda no tocante aos direitos dos servidores públicos, policiais civis, mas já ingressando na esfera do direito difuso do administrado, foi julgada a ADI nº3601/DF, para julgar inconstitucional a lei distrital nº3.642/05, que tratava do processo disciplinar da categoria.

A inconstitucionalidade foi decretada em face da afronta ao art.21, inciso XIV da C.F./88, por ser matéria reservada à competência legislativa da União o regime jurídico dos policiais civis do Distrito Federal. Foi concedido o efeito pro futuro para que a eficácia da decisão tivesse início a partir da publicação do acórdão dos embargos declaratórios.

Os embargos declaratórios tiveram por finalidade obter a modulação de efeitos a partir do trânsito em julgado, e foi proposto pelo governador do Distrito Federal, que à época era o José Roberto Arruda (DEM).

A motivação da modulação foi a necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, durante os 4 (quatro) anos de aplicação da lei declarada inconstitucional, em prol da segurança jurídica, além do relevante interesse social na “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Isto porque os policiais demitidos retornariam ao serviço. Além disso, não haveria outra alternativa quanto à consequência administrativa, porque os cargos vagos já

foram providos. Tudo isso causaria problemas de ordem financeira, disciplinar e prática. O caso foi tido como excepcional.

Ressalte-se, que o pedido de modulação de efeitos sequer integrou as petições, os debates e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, tratando-se de inovação em sede de embargos declaratórios.

O julgamento foi suspenso em 17.06.10 por ausência de quorum de 2/3, ante a ausência de dois ministros ao julgamento. Retomada a sessão em 09.09.10 foram proferidos os seguintes votos favoráveis a modulação pro futuro: Ministros Dias Toffoli (PT), Carmén Lúcia (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Ayres Britto (PT), Gilmar Mendes (PSDB), Ellen Gracie (PSDB), Cezar Peluso (PT), Joaquim Barbosa (PT) e Eros Grau (PT). Vencidos os ministros Marco Aurélio (PRN) e Celso de Mello (PMDB) que rejeitavam a modulação, sob o fundamento de que a jurisprudência do STF era pacífica desde o ano 2000, acerca da competência legislativa da União para regular o regime jurídico dos policiais civis do Distrito Federal e a lei distrital foi do ano de 2005, sendo manipulação política estratégica do fato consumado. Acrescentou que inexistiu omissão no julgamento da ADI em 15.04.09, que ao silenciar sobre os efeitos aplicou a retroatividade.

Ainda que a modulação tenha sido requerida por representante de partido da oposição ao PT, a maioria dos ministros acolheram o efeito pro futuro pelo menos a partir da publicação do acórdão dos aclaratórios. Não há, portanto, influência político-partidária.

Sob a perspectiva de Dworkin do juiz Hércules, ou na ótica da metódica estruturante do direito, de Muller, as alternativas escolhidas pela Corte são admitidas no ordenamento jurídico pátrio como opções viáveis, legítimas e razoáveis. Não vislumbramos, portanto, teor exclusivamente político-partidário, de forma determinante, até porque guarda-se certa coerência com os precedentes de casos semelhantes julgados e modulados anteriormente.

Por fim, trataremos de três precedentes acerca de matéria meramente processual, duas acerca de processo civil e outra sobre o trâmite legislativo das medidas provisórias.

Ainda na seara de servidor público, mas já adentrando em matéria de competência processual por prerrogativa de função, tem-se o julgamento simultâneo das ADI's nº2797/DF e nº2860/DF. Ambas as ações foram distribuídas sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, uma proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, e outra pela associação dos Magistrados Brasileiros.

A redação do Código de Processo Penal declarada inconstitucional foi a dos §§ 1º e 2º do art.84, por criar nova prerrogativa de função não prevista na Constituição Federal, para casos de crimes comuns ou de responsabilidade, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam posteriores a cessação da função pública, extensivo para ações de improbidade. Também neste caso, a modulação foi concedida em sede de embargos declaratórios, suspenso o julgamento em 03.05.12 por falta de quorum para modular, e retomado em 16.05.12, quando foi atribuído o efeito *ex nunc*, a partir do julgamento da ADI (15.09.05), com a seguinte ressalva:

“(...) preservando-se a validade dos atos processuais que eventualmente tenham sido praticados em ações de improbidade, inquéritos e ações penais, contra ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro, sem deslocamento da competência para o STF dos processos que ainda estão em curso.”

Os embargos declaratórios foram opostos pelo Procurador Geral da República e pelo Presidente da República (PT), pugnando pelo efeito *ex nunc*, a partir do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, o que foi acolhido em sua integralidade.

As razões que embasaram a modulação foram as seguintes: vigência da lei inconstitucional com ações de improbidade julgadas com prerrogativa de foro por quase 3 (três) anos; o efeito *ex tunc* causaria a anulação de inúmeros feitos criminais e cíveis, importando em insegurança jurídica; decisão excepcional para o acautelamento ora do meio social (ordem pública), ora do meio ambiente (“resgate da unidade material da Constituição”); evitar panorama caótico no fatos e na relações sociais, e impedir o desequilíbrio entre o que se pede e o que se ganha; e, por fim, a anterior negativa do pedido liminar havia reforçado a presunção de constitucionalidade, o que tão somente foi alterado com o provimento de mérito da inconstitucionalidade.

Votaram a favor da modulação os ministros Cezar Peluso (PT), Gilmar Mendes (PSDB), Carmén Lúcia (PT), Ayres Britto (PT), Luiz Fux (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Joaquim Barbosa (PT), e Rosa Weber (PT). Vencidos os ministros Menezes Direito (PT), sob o fundamento de que a modulação não poderia ser pedida em aclaratórios, e o ministro Marco Aurélio (PRN) por alegar que o assunto já estava pacificado no S.T.F. Devido ao cancelamento da sumula 394²⁴². Ausente Celso de Mello (PMDB). Dias Toffoli (PT) não votou porque sucedeu Menezes Direito, que já havia votado.

Aqui percebe-se notória coincidência de votos entre os ministros escolhidos pelo PT e a pretensão de modulação igualmente requerida pelo PT.

Notório é o beneficiamento dos políticos que usufruíram da prerrogativa de função, e a tutela do interesse inclusive do Poder Executivo Federal representado pelo PT. A lei inconstitucional teve vigência entre 26.12.02 a 15.09.05, tendo inclusive albergado período do governo petista. Também foram beneficiados os interesses difusos dos administrados, porque não foram anuladas eventuais decisões punitivas já proferidas e até transitadas em julgado.

Portanto, na situação tratada pela ADI nº4414/AL, proposta pelo Conselho Federal da OAB, foi impugnada a criação de varas especializadas em delitos praticados por organizações criminosas (crime organizado), mediante lei estadual de nº6806/07, em afronta à competência da União (art.22, inciso I da C.F./88) e à ressalva da competência do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII da C.F./88).

No entanto, mesmo diante da decretação de inconstitucionalidade das varas especializadas, foi atribuída eficácia *ex nunc* a partir da sessão de julgamento, para “estabelecer que ela não se aplica aos processos com sentenças já proferidas e aos atos processuais já praticados”.

242 Súmula 394 cancelada pelo STF no ano 2000 : “cometido o crime durante o exercício funcional prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação sejam iniciadas após a cessação daquele exercício.”

Os processos pendentes de julgamento serão redistribuídos para juízes designados de acordo com as normas constitucionais, e critérios objetivos e impessoais “fixado o prazo de 90 (noventa) dias para provimento das vagas de juízes da 17ª Vara Criminal da capital”.

É interessante notar ser esse o segundo precedente que, a depender do capítulo do acórdão concede eficácia distinta, parte *ex nunc* e parte pro futuro.

Os fundamentos dos votos favoráveis à modulação foram os seguintes: “grave insegurança jurídica” decorrente da anulação das decisões proferidas e dos atos praticados pela vara especializada de crime organizado, a impunidade que geraria esse efeito retroativo, o decurso de tempo desde a criação da vara especializada em 2007 até maio de 2012, quando julgada a ação direta de inconstitucionalidade.

Votaram favoravelmente à modulação: Ayres Britto (PT), Gilmar Mendes (PSDB), Cezar Peluso (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Carmen Lúcia (PT), Dias Toffoli (PT), Luiz Fux (PT), e Rosa Weber (PT). Vencidos os ministros Marco Aurélio (PRN) e Celso de Mello (PMDB). Ausente Joaquim Barbosa (PT). Nesse caso, não se vê influência político partidária notória.

Na esfera de processo legislativo, e já adentrando em tutela do meio ambiente, tem-se a modulação para manter os efeitos das medidas provisórias inconstitucionais, nos autos da ADI nº4029, proposta pela Associação Nacional dos Servidores do IBAMA Nacional.

A ação impugna a Lei nº11.516/07, que foi resultado da conversão da medida provisória nº366, de 26.04.07, editada no governo Lula (PT), e que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, encarregado de conferir maior celeridade aos procedimentos de licenciamento ambiental. Além disso, a lei alterou outras disposições normativas contidas nas leis nº7735/89, nº11284/06, nº9985/00, nº10410/02, nº11156/05, nº11357/06, nº7957/89, nº8.028/90 e m.p. nº2216-37/01. As alterações legais dizem respeito às atribuições do IBAMA e do ICMBio, dos seus servidores, gratificações de desempenho, questões financeiras e administrativas que se referem às duas autarquias.

As inconstitucionalidades levantadas na exordial correspondem à afronta ao art.62, caput, e parágrafo 9º, no tocante à inexistência de submissão à Comissão Mista de Deputados e Senadores da Medida Provisória nº366/07, que deu origem à lei nº11.516/07, e não atendimento aos requisitos de relevância e urgência.

Dessa forma, foi firmado convênio através da Portaria Conjunta nº06, de 30/11/2007, através da qual o ICMBio delega "praticamente todas as suas atribuições" para o IBAMA, o que segundo a proponente descaracterizaria a urgência da medida. Acrescenta a suposta inconstitucionalidade material em face do alegado enfraquecimento na tutela do meio ambiente, com a fragmentação da gestão ambiental, a desproporcionalidade na criação de nova autarquia, quando o IBAMA já realiza as mesmas atribuições e a ineficiência pelo aumento desnecessário de gasto público.

Todavia, em defesa da União, foi alegado que a Resolução nº01/2002, do Congresso Nacional, autorizava que esgotado o prazo para emissão de parecer pela Comissão Mista, o processo seria encaminhado à Câmara dos Deputados.

Na situação da Medida provisória nº366/07, noticia o ministro relator, que não houve quórum de 1/3 dos membros da Comissão, e por isso a medida seguiu para Câmara, findo o prazo regimental de 14 (catorze) dias. Nessa hipótese, a Comissão Mista emitirá o parecer, por meio de ser relator, no Plenário da Câmara.

O Senado Federal, em suas informações, citou o precedente da ADI nº3.289, onde foi assentado que a não constituição da Comissão Mista não implica inconstitucionalidade da medida provisória.

Dessa forma, foi julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade quanto aos argumentos supra, inobstante declarada incidentalmente a inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, para "preservar a validade e a eficácia de todas as medidas provisórias convertidas em Lei" até a data do julgamento, e as que estavam em trâmite.

A motivação da modulação foi: preservar as medidas provisórias convertidas em lei até a data do julgamento da ADI (07.03.12) e aquelas em trâmite que não passaram pela comissão mista de deputados e senadores e, assim evitar o surgimento de nova inconstitucionalidade na proteção do meio ambiente, caso pudessem ser questionados atos administrativos praticados pelo IBAMA desde 2007, e sendo temerário invalidar leis decorrentes da conversão dessas medidas provisórias, ressaltada a crise financeira mundial e a necessidade do Poder Executivo atuar de forma mais célere para intervenção econômica e social.

Portanto, foram beneficiados com a modulação, o presidente da República que editou as medidas provisórias sem submetê-las à Comissão Mista, o Legislativo que ganhou tempo para apreciá-las e os destinatários das normas que não ficaram reféns de um vácuo legislativo na tutela do meio ambiente.

Considerando que a resolução inconstitucional do Congresso Nacional é datada de 2002, o maior beneficiário da medida foi o PT, através das medidas provisórias editadas sob seu governo, com início em 2003.

Também foi ressalvado pelo Pretório Excelso que não lhe cabe interferir na seara das políticas públicas quanto ao modelo de gestão ambiental.

A composição da Corte Suprema, no momento do julgamento da modulação, foi a seguinte: Votaram favoravelmente à modulação os ministros Cezar Peluso (PT), Celso de Mello (PMDB), Gilmar Mendes (PSDB), Ayres Britto (PT), Ricardo Lewandowski (PT), Cármen Lúcia (PT), Luiz Fux (PT) e Rosa Weber (PT). Vencido o ministro Marco Aurélio (PRN), que dava total procedência a ação com a nulidade da lei. Ausente o ministro Joaquim Barbosa (PT). Impedido o ministro Dias Toffoli (PT).

Assim, constatou-se aqui, que os votos demonstraram preocupação com a tutela do direito difuso ambiental, que poderia ficar descoberto com a revogação da lei, desde a edição da medida provisória que a antecedeu em 2007. Inclusive, ressaltou o ministro Ayres Britto que a exigência de parecer prévio da Comissão mista de deputados e senadores, a que dispõe o §9º do art.62 da Carta Magna, não se trataria de parecer vinculante.

Aqui o ministro Gilmar Mendes chama a atenção para um debate no qual o S.T.F. possui precedentes no tocante à vinculatividade do processo legislativo. No caso sob exame, o governo com uma "bancada enorme de apoio" não instalou a Comissão Mista por falta de quorum.

Diante de críticas ao entraves impostos pelo Poder Legislativo, sobretudo no tocante à matéria das medidas provisórias, passou-se a uma nova concepção do princípio da separação dos poderes, impondo-se o que se denominou de "presidencialismo de coalizão" em que o Executivo age com base em uma maioria formada no Parlamento". Refutou-se interpretação restritiva do mecanismo das medidas provisórias, para que haja ação rápida do Poder Executivo em situações urgentes.

Daí, ressaltou o ministro Gilmar Mendes a engenharia política, na qual o governo deve colocar a sua base para votar. O ministro Ricardo Lewandowski discorda, por acreditar que a ausência proposital de uma minoria opositora poderá ser um entrave ao quorum de constituição da Comissão Mista. Ressalte-se que, aqui, é de 1/3, e a base aliada do governo do PT preencheria tal quórum.

Mas, ocorre que justamente em 2012, época do julgamento dessa ação de inconstitucionalidade, noticiou a mídia crise na base aliada que ajudou a eleger Dilma Roussef, dentre os quais o PMDB, PDT e o PR que queriam mais participação nas decisões do governo e representação nos seus Ministérios.

O relator, o ministro Luiz Fux, atenta para a posição doutrinária que reconhece como indispensável o parecer prévio da comissão mista "porque proporciona discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias", declarando inconstitucional resolução que vise suprimir essa etapa do processo legislativo.

Então, os ministros concordaram que, em não havendo o parecer prévio da Comissão Mista, o trâmite legislativo não cumpriu os ditames constitucionais no prazo assinalado, perdendo a eficácia da medida provisória.

Assim, a modulação de efeitos foi proposta em dois prazos distintos: 24 (vinte e quatro) meses e *ex nunc* (atingindo apenas as medidas provisórias que tenham iniciativa a partir desse julgamento), tendo prevalecido este último porque decidiu-se restringi-lo à eficácia da Resolução do Congresso, reconhecendo-se como "ainda constitucionais" as medidas provisórias impugnadas. Com essa alternativa, prevaleceu notoriamente a estratégia política do Poder Executivo representado pelo PT, à época. E foi unânime o reconhecimento de que a ausência do devido processo legislativo sem a instalação da Comissão Mista afrontava a Constituição, tanto que declarada a inconstitucionalidade da resolução nº01/2002 do Congresso Nacional, que previa a votação sem o parecer prévio desta Comissão. Contudo, para garantir a validade das leis resultantes da conversão das medidas provisórias optou-se por julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarando-se "ainda constitucionais" tanto as leis (resultantes da conversão) quanto as medidas provisórias em trâmite.

Os debates dos ministros arguíram que haveria cerca de 500 medidas provisórias convertidas em lei e 50 em trâmite, que não se submeteram à Comissão Mista, as quais teriam motivado inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade como esta. Tendo os ministros Ricardo Lewandowski e Carmén Lúcia destacado a importância das medidas provisórias editadas nesse ínterim, que foram marco regulatório na vida econômica e empresarial do país, podendo interferir até no *ranking* de 5º lugar na maior economia do mundo, ocupado pelo Brasil, se forem "minadas as bases desse sistema".

É incontestável a influência político-partidária na ressalva da validade até das medidas provisórias ainda em trâmite, que poderiam perfeitamente retornar à Comissão Mista, para obterem parecer, nos moldes do §9º do art.62 da C.F./88.

Também é notória a influência político-partidária, porque o governo do PT, que editou as medidas provisórias em trâmite, havia escolhido 8 (oito) ministros, 6 (seis) dos quais votaram favoravelmente à extensão da modulação.

Aproveitando a discussão acerca da competência legislativa, o último caso a ser analisado sobre a modulação da inconstitucionalidade diz respeito à regulação e à supervisão de instituições de ensino superior, matéria tratada na ADIN nº2.501/MG.

Foram impugnados o art.81, parágrafos 1º e 2º e o art.82, §2º do ADCT da Constituição de Minas Gerais, que tratavam da supervisão pedagógica pelo Conselho Estadual de Educação de Instituição de Ensino Superior, criada como autarquia estadual, em afronta à competência federal de legislar sobre diretrizes e bases da educação (art.22, XXIV da Carta Magna).

Também foi concedida a modulação *ex nunc* de eficácia da decisão de inconstitucionalidade, para considerar válidos "os atos (diplomas, certificados, certidões, etc) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão", "sem prejuízo de ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais".

O pedido de modulação aqui foi formulado pelo Procurador-Geral da República. A motivação da modulação foi exclusivamente para a tutela de validação dos certificados e diplomas outorgados, porque os cursos podem ser questionados em consequência da decisão de inconstitucionalidade, porque há vários cursos criados sem autorização e sem supervisão do MEC. Os beneficiários da modulação foram as instituições estaduais de ensino, que tiveram seus atos validados, os seus alunos que tiveram seu direito garantido de validação de cursos, e a autarquia estadual de fiscalização que teve seus atos de supervisão validados até o julgamento da ADI.

O governador de Minas Gerais à época do julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade foi (04.09.08²⁴³) Aécio Neves da Cunha (PSDB). Na lista de seus antecessores que governaram o estado na vigência da redação do ADCT (21/09/89) até então encontram-se governadores do PSD (Partido Social Democrático), UDN (União Democrática Nacional), ARENA (Aliança Renovadora Nacional), PMDB (Partido do Movimento

²⁴³ Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Estadual.pdf>>.

Democrático Brasileiro), PRS (Partido das Reformas Sociais), e o próprio PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira).

A composição do julgamento foi a seguinte: votaram favoravelmente à ressalva *ex nunc* os ministros Gilmar Mendes (PSDB), Celso de Mello (PMDB), Ellen Gracie (PSDB), Cezar Peluso (PT), Carlos Britto (PT), Joaquim Barbosa (PT), Ricardo Lewandowski (PT) e Menezes Direito (PT). O Ministro Marco Aurélio foi voto vencido por entender que não se deveria ingressar em seara subjetiva para declarar quais os diplomas seriam válidos. O ministro Eros Grau entendeu que a validade dos cursos não foi objeto da ação e também negou a modulação. Ausente a ministra Carmén Lúcia.

Não se vê, portanto, coincidência de votos a favor dos partidos que indicaram os ministros à composição da Corte, inexistindo fator político partidário notório.

Através da pesquisa empírica se percebeu que dos 37 (trinta e sete) casos de efeitos modulados, 14 (catorze) ²⁴⁴ levaram em consideração a ressalva expressa dos processo administrativo ou judiciais já julgados, em verdadeira tutela da coisa julgada, ora em prol da segurança jurídica, ora para evitar o crescente número de ações e de recursos que sobrecarregam o Poder Judiciário e sobretudo as Cortes Superiores.

Constatou-se, ao final, que em um cenário de 37 (trinta e sete) decisões de modulação, há uma proporção de 13 (treze) julgamentos com nítidas influências político partidária, ainda que também influenciadas por outros fatores externos, e 24 (vinte e quatro) sem dados objetivos de tais influências.

²⁴⁴ Coisa julgada judicial: ADI nº4357/DF, ADI nº4425/DF (precatórios); ADI nº3022/RS (DPU em defesa funcional de servidor público); ADI nº4414/AL (vara privativa no combate ao crime organizado), ADI nº2727/DF e nº2860/DF (prerrogativa de função para ações penais e ações de improbidade); decisões administrativas consolidadas: ADI nº2904/PR (aposentadoria especial de policial civil), ADI nº3756/DF (despesas realizadas acima do limite orçamentário), ADI nº2501/MG (universidade fiscalizada por órgão estadual), ADI nº3601/DF (processos disciplinares da polícia civil), ADI nº4029 (decisões do IBAMA e do ICMBio), ADI nº3615/PB, nº2240/BA, nº3316/MT (criação, desmembramento ou alteração de municípios, as decisões e processos por eles administrados)

Na opinião de Barroso, as preferências políticas do julgador são limitadas por sua subordinação ao mínimo constitucional, e a fatores extrajudiciais tais como: interação com outros atores políticos e institucionais, perspectiva de cumprimento efetivo, circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública²⁴⁵.

Mas, em oposição à referida opinião, já defendia Marcelo Rebelo de Sousa, o critério de escolha dos ministros não teria tanta interferência na independência da Corte Constitucional, e até ele mesmo defende o modelo de escolha pelo Presidente da República, devendo o Tribunal igualmente integrar o que chamou de "sistema de governo global"²⁴⁶.

Ao que se pôde constatar, apenas os ministros Marco Aurélio, e anteriormente o ministro Sepúlveda Pertence demonstraram em seus votos intermitentes serem contrários à aplicação do art.27 da lei nº9.868/99, concedendo a eficácia diferenciada em caráter excepcional e quando justificados por outro fundamento que não o referido art.27.

Em 7 (sete) casos²⁴⁷ houve expressa retificação de votos para aderir à modulação no prazo consensualmente debatido e deliberado, demonstrando a relevante influência dos próprios pares.

Dos 37 (trinta e sete) processos com concessão de modulação, apenas 14 (catorze) têm a indicação nos votos e relatório de que foi formulado pedido expresso para esse fim, 4 (quatro) dos pedidos atendidos foram formulados pelo Procurador-Geral da República²⁴⁸, 2

245 BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.431.

246 Para o autor o que seria mais relevante para a independência da Corte Constitucional seria "a formação jurídica, a origem da magistratura, a experiência profissional, a duração do mandato". SOUSA, Marcelo Rebelo de. Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. J. Sousa e Brito et alii. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.221 e 227.

247 ADI nº4029, ADI nº2240/BA e nº3316/MT para aderir ao voto do Ministro Gilmar Mendes, ADI nº4009/SC e nº4001/SC para aderir ao voto da ministra Carmén Lúcia, e as ADI's nº3430/ES e nº4125/TO.

248 ADI nº2501/MG, ADI nº2797/DF, ADI nº2860/DF, ADI nº3022/RS

(dois) requeridos pelo Conselho Federal da OAB²⁴⁹, e 8 (oito) por governadores de estado-membro e do Distrito Federal²⁵⁰.

A pesquisa estatística do S.T.F. demonstra que a quantidade de ações de controle abstrato proposta por Procurador-Geral (20,5%) e por governador (23,7%) se equivalem²⁵¹. Segundo pesquisa empírica de Luiz Werneck Vianna²⁵², as ações propostas pelo Procurador-Geral são as que têm maior índice de acolhimento, porque tanto seu pleito quanto seu parecer são tradução de interesse público primário. Mas a nossa pesquisa constatou que, em termos de modulação de efeitos, as solicitações mais atendidas foram as dos governadores. Provavelmente porque há uma tendência de proteção ao erário, sobretudo nas questões direta ou indiretamente orçamentárias, como constatado na tese de doutorado de Fábio Martins de Andrade²⁵³.

Logo, percebe-se que, apesar de em alguns momentos a modulação de efeitos beneficiar determinado ente político, representado por um partido de governo, não se nota em todos os casos, interferência, nem a correspondência direta entre a indicação partidária dos ministros para compor a Corte e o partido do ente político beneficiado. Acrescente-se que, nos casos em que foi identificada coincidência de votos com as intenções político partidárias do chefe do Poder Executivo que os nomeou, igualmente foram identificados outros fatores externos e sociais que igualmente influenciaram as decisões.

Observa-se também que, alguns ministros têm maior poder de persuasão (ex. Gilmar Mendes) no convencimento e na retificação dos votos dos pares do que outros que não demonstraram ter quaisquer influência, porque na maioria das vezes possui votação isolada e vencida pela maioria (ex. Marco Aurélio). Assim, há nítida influência interna dos pares.

249 ADI nº4357/DF e ADI nº4425/DF.

250 ADI nº3689/PA, ADI nº3819/MG, ADI nº3601/DF, ADI nº4167/DF, ADI nº875/DF, ADI nº3243/MT, ADI nº1987/DF e ADI nº2727/DF.

251 Disponível em :<<http://www.stf.jus.br/>>

252 Apud BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.434A

253 BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.434A

Também foi constatada a influência "consequencialista" quanto à preocupação na maior eficácia e no cumprimento do acórdão pelos seus destinatários, sobretudo quando se tratar de Poder Legislativo, nos casos das omissões inconstitucionais. A respeito, Heleno Taveira Torres sustenta que não se trata de consequencialismo (ativismo judicial) e sim de "soberania dos fins, à luz do sistema jurídico responsivo"²⁵⁴.

Conclui-se, portanto, que a utilização de modulação da inconstitucionalidade sofre em alguns casos influências político-partidárias, em conjunto com outros fatos internos e externos. Entre os constatados por este estudo, destacam-se: influência dos pares, justificabilidade quanto ao cumprimento da decisão, os efeitos econômicos e sociais da decisão, e o fator surpresa para o jurisdicionado que feriria a segurança jurídica, além da proteção da coisa julgada quando interferir em questões sociais.

²⁵⁴ TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica. Metodica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 21012, p.364.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou a evolução histórica do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, buscando as características influenciadas pelos sistemas do *civil law* e do *common law*, suas diferenças e convergências, objetivando comprovar, mediante a doutrina e levantamento documental de casos julgados, as influências político partidárias nas decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro capítulo abordou a teoria de integridade de Dworkin, em contraponto com as críticas de Hart. Foi possível identificar em alguns acórdão de modulação uma preocupação com a coerência do precedente em respeito à teoria da integridade (ADI nº3819/MG, ADI nº4270/SC e ADI nº3892/SC). Em outros julgados, confirmou-se a competência da Corte Constitucional para além da função de legislador negativo, em coerência com decisões anteriores (ADI nº875/DF, nº3.243/MT, nº1987/DF e nº2.727/DF).

Em outras hipóteses houve flagrante quebra da coerência com precedentes anteriores como nos casos julgados nas ADINs nº4357/DF e nº4425/DF, e na ADO nº23. Isto confirma que ao contrário do alegado por Dworkin, não há uma única decisão legítima, tendo inclusive, os acórdãos decidido os efeitos da inconstitucionalidade de acordo com as variáveis fáticas do caso.

Constatou-se a aplicação do princípio da razoabilidade pelos julgadores quando da opção pela modulação da inconstitucionalidade, o que reflete a "função criadora do Poder Judiciário", mencionada por Hart, para o preenchimento da textura aberta de incerteza da norma, na interpretação dos conceitos indeterminados de "segurança jurídica" e "excepcional interesse social".

Em alguns julgados analisados a modulação de efeitos foi pautada sobre a previsibilidade da decisão diante de precedentes anteriores julgados pela mesma Corte, a exemplo do acórdão proferido na ADI nº4167/DF. Tratou-se de julgamento que reconheceu a constitucionalidade do piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, tendo sido revogada a medida cautelar deferida em 17 de novembro de 2008

que considerava como piso salarial o valor da remuneração dos servidores, alterada pela decisão de mérito, datada de abril de 2011, que reconheceu como piso salarial o vencimento, sendo necessária a adequação do orçamento público para arcar com os acréscimos. Ocorre que os governadores deixaram de cumprir o acórdão em função da oposição de embargos declaratórios com objetivo de modulação, e a Corte decidiu que a adequação orçamentária deveria ter sido providenciada entre os poderes Executivo e Legislativo ante a presunção de constitucionalidade da norma e a revogação da liminar.

Tal previsibilidade de decisão, segundo HART, deveria ter como ponto de partida o que chamou de "padrões orientadores" (a regra normativa) para evitar arbitrariedades discricionárias e deveria pautar o ajuste das condutas humanas para a ela se adequarem.

Foi demonstrada também a influência do "âmbito do caso" no preenchimento da indeterminação da norma positivada, incluindo fatos da sociedade no conteúdo decisório, através da metódica estruturante do direito de Muller. Verificou-se que todos os casos de modulação dos efeitos da inconstitucionalidade levaram em consideração aspectos fáticos e sociais relevantes, além das influências políticas

Dos 37 (trinta e sete) acórdãos de modulação 1 (um) beneficiou direito individual homogêneo, 20 (vinte) a sociedade de forma difusa, 6 (seis) o direito fazendário e 10 (dez) em favor dos servidores públicos coletivamente considerados.

Classificados os acórdãos quanto ao objeto das modulações, nove dizem respeito ao orçamento público, nove tratam de serviço público, dez julgaram direitos coletivos de servidores públicos, quatro trataram de criação ou alteração de município, três decisões julgaram questões meramente processuais, uma ação envolveu direito regulatório e uma tutela do meio ambiente.

O segundo capítulo trouxe o sistema de controle de constitucionalidade, com características das doutrinas do *civil law* e do *commom law*, suas diferenças e convergências. Foi abordada a função da Corte Constitucional nos julgamentos de controle de constitucionalidade, fazendo um comparativo entre os Tribunais que o exercem nos Estados

Unidos da América, na Alemanha, e no Brasil. Apesar das diferenças entre as organizações dos países em Estado Unitário e em Estado Federativo, foram percebidas algumas características interessantes da doutrina dos sistemas constitucionais português, italiano e espanhol. Interessante destacar, por exemplo, a existência de mandato para os julgadores das Cortes Constitucionais, sem direito à recondução, o que positivamente minimizaria a interferência político partidária nas decisões.

O terceiro capítulo foi destinado a atual sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro, sua natureza, extensão, efeitos, e modulação da declaração de inconstitucionalidade em comparação com a sistemática estrangeira que a influenciou, demonstrando contraponto com os sistemas americano e alemão.

O quarto capítulo trouxe reflexos da modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre acórdãos prolatados em sentido oposto e alcançados pelo trânsito em julgado.

O quinto capítulo tratou de levantamento documental de casos julgados com modulação realizada pela Suprema Corte Federal Brasileira, em sede de controle abstrato.

Com a análise das amostras, foram identificados, entre 1988 a 2013, 37 (trinta e sete) casos de modulação expressa da inconstitucionalidade, e 18 (dezoito) acórdãos de negativa expressa da prospecção requerida. Dos 37 (trinta e sete) casos, cem por cento envolviam questões econômico financeiras relativas ao erário, que, direta ou indiretamente, foi tutelado com a prospecção.

Foi destacado que, de todas as ações de controle abstrato, 20,5% foram propostas pelo Procurador Geral da República, e 23,7% foram peticionadas pelos governadores. Ocorre que, quando se trata de pedido de modulação de eficácia, os governadores são os que mais peticionam e alcançam êxito na modulação, tendo no universo de 14 (catorze) requerimentos expressos atendidos, 8 (oito) sido pleiteados por eles.

Também descobriu-se uma mudança de paradigma nas decisões moduladas pelo Supremo, passando-se, a partir de 2012, a admitir modulação de ofício, e até monocraticamente como medida acautelatória a depender da urgência, como ocorreu no caso da determinação dos pagamentos dos precatórios pela sistemática antiga, que foi declarada inconstitucional.

Apesar da modulação ter sido prevista pela Lei nº9.868/99 para as declarações de inconstitucionalidade, foram encontrados três casos de modulação da constitucionalidade, utilizando-se as mesmas motivações da segurança jurídica e do excepcional interesse social.

Com o rito abreviado do procedimento das ações, nos termos do art.12 da referida lei, as modulações foram intensificadas nos julgamentos de mérito. Em contrapartida, nas hipóteses de deferimento de medida cautelar e afastado o fator surpresa para Administração e administrado, a prospecção tem sido negada.

A regra continua sendo o efeito *ex tunc*, mas se não houver quorum suficiente para modular, os ministros suspendem o julgamento até que os ausentes possam votar em sessão posterior.

Confrontando a base de dados com a doutrina analisada, percebeu-se que os votos que conduzem à modulação demonstram uma preocupação de coerência com precedentes anteriores, aceitando a teoria da integridade de Dworkin.

Em inúmeros votos, tem sido justificada a modulação com base no argumento de se tratar de *hard cases*, nos quais teriam os julgadores certa margem de escolha da melhor decisão.

É certo que os acórdãos têm procurado fundamentação no sistema positivado para efetivar a modulação, mas sempre se utilizando de conceitos e de princípios constitucionais indeterminados, o que lhes permite, como diria Muller, um "âmbito do caso" muito amplo.

Não há dúvida de que o ponto de partida é a norma positivada, o art.27 da Lei nº9.868/99, e para o ministro Gilmar Mendes, a própria Carta Magna. Porém, constatou-se o risco de influências político partidárias poderem manipular a modulação de efeitos.

Dos 37 (trinta e sete) casos modulados, todos diziam respeito a questões econômico-sociais que envolviam o erário, o patrimônio e o orçamento público. Treze dos acórdãos modulados beneficiaram o partido que estava à frente do país e a sua base aliada. A modulação, que exige o quorum de 8 (oito) votos favoráveis, foi intensificada a partir de 2007, quando o mesmo partido de esquerda já havia escolhido 7 (sete) desses ministros. Destaque-se que um dos ministros escolhidos pelo partido de direita havia sido o autor do anteprojeto da Lei nº9.868/99, e obviamente é favorável ao instituto por ele criado.

Os julgados que tiveram modulação até setembro de 2007 corresponderam a 0,34% (4 acórdãos) dos processos. Hoje, as decisões acerca desse instituto, concedendo ou negando expressamente, remontam a 4,5% dos 1232 acórdãos prolatados no mérito. De 12 (doze) casos de concessão de modulação em 20 (vinte) anos, entre 1988 e 2008, o número triplicou para 37 (trinta e sete), correspondendo a 25 (vinte e cinco) modulações nos últimos 5 (cinco) anos (de 2009 a 2013).

Portanto, há nítida influência político partidária, também, no acréscimo de utilização do instituto, que ocorreu exatamente após um mesmo partido ter escolhido ministros em quantidade, para suprir o quorum de declaração da inconstitucionalidade, e também para a sua modulação de efeitos.

A origem dos ministros pode até influenciar nas convicções jurídicas de voto, entretanto, não foi diagnosticada nenhuma relação direta entre o exercício profissional do ministro antes do ingresso no Supremo e a modulação de efeitos da decisão. Dos 11 (onze) ministros, tanto aqueles que vieram do Ministério Público, quanto os magistrados de carreira ou mesmo os originados da advocacia, foram em sua grande maioria unânimes na tutela do patrimônio da Administração Pública, ainda que esta tenha sido a causadora da inconstitucionalidade. Outrossim, foi constatado que quase 100% (cem por cento) dos

ministros que integraram à Corte Suprema vieram do exercício profissional em estados do centro-oeste, sudeste e sul.

A origem dos ministros que compuseram a Corte Suprema e cujos votos integraram os acórdãos de modulação da inconstitucionalidade corresponde a seguinte: Ellen Gracie (integrou o quinto constitucional do Ministério Público perante o TRF – 4ª Região), Sepúlveda Pertence (integrou o Ministério Público do D.F., a advocacia, e foi Procurador Geral da República), Celso de Mello (veio do Ministério Público do estado de São Paulo), Marco Aurélio (foi advogado no Rio de Janeiro, juiz togado do TRT da 1ª Região, e ministro do Tribunal Superior do Trabalho), Gilmar Mendes (Procurador da República no D.F., consultor jurídico da presidência, assessor do ministro da justiça, atuou na Casa Civil, e foi Advogado Geral da União), Cezar Peluso (magistrado estadual em São Paulo), Carlos Ayres Britto (advogado, consultor geral do estado de Sergipe, Procurador Geral de Justiça, e procurador do Tribunal de Contas de Sergipe), Eros Grau (advogado em São Paulo), Carmen Lúcia (procuradora do estado em Minas Gerais), Joaquim Barbosa (Ministério Público Federal do Distrito Federal), Luiz Fux (desembargador do TJ/RJ pelo quinto do Ministério Público Estadual, ministro do Superior Tribunal de Justiça), Ricardo Lewandowski (juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo, promovido a desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo pelo quinto da Ordem dos Advogados do Brasil), Dias Toffoli (advogado privado em São Paulo, assessor jurídico da liderança do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados, e advogado geral da União), Teori Zavascki (advogado, juiz federal, , desembargador do TRF 4ª Região, ministro do Superior Tribunal de Justiça), Rosa Weber (juíza do trabalho no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ministra do Tribunal Superior do Trabalho), Menezes Direito (advogado no Rio de Janeiro, ministro no Superior Tribunal de Justiça), Nelson Jobim (advogado, deputado federal pelo Rio Grande do Sul, ministro do estado da justiça), Carlos Velloso (juiz federal em Minas Gerais, ministro do extinto TFR, e ministro do Tribunal Superior Eleitoral)

Constatou-se que dos 37 (trinta e sete) casos de modulação deferida com fulcro no art.27 da Lei nº9.868/99, apenas quatro casos foram deferidos antes de setembro do ano de 2007. Foi exatamente após a composição da Corte Suprema ter sido preenchida pela maioria

de ministros escolhidos pelo mesmo presidente Partido dos Trabalhadores, que a modulação começou a ser aplicada em maior proporção (33 casos em cerca de 7 anos).

A partir do segundo semestre de 2007, a média de decisões favoráveis à modulação no controle abstrato passou a ser de 4 (quatro) a 5 (cinco) por ano, com destaque para os anos de 2010 e 2013 que tiveram média de 6 (seis) a 7 (sete) decisões favoráveis. Contudo, em e 2011, existiram apenas 2(dois) julgados modulados em ADI.

Ao que parece, o assunto modulação passou a ser tratado mais vezes a partir de 2007, até porque maior também foi a proporção de pedidos negados expressamente 12 (doze), em contraponto aos 6 (seis) casos que o antecederam.

Mesmo tendo o projeto de lei que tratou da modulação de eficácia sido elaborado por ministro escolhido por partido de direita, o instituto passou a ser mais utilizado pelos ministros escolhidos pelo partido de esquerda.

Além disso, foi a partir de maio de 2012 que a Corte Suprema passou a admitir expressamente essa modulação em decisão de ofício, independentemente de requerimento na ADIN, e até em sede de embargos declaratórios (ADI nº2797/DF e ADI nº2860), ou simples petição nos autos, com decisão em 2013 (ADI nº4425/DF).

Percebeu-se a partir da análise dos julgamentos de negativa expressa de modulação, que o comportamento da Corte mudou. Anteriormente, em casos de urgência e iminente risco de dano, era concedida cautelar na ação abstrata de controle de constitucionalidade, e, por conseguinte, não era realizada a modulação no mérito, por não ser a decisão meritória mais surpresa à Administração nem ao administrado, ambos já adaptados à nova realidade jurídica. A Corte Suprema passou, então, a adotar o rito abreviado da ação direta de inconstitucionalidade (art.12 da Lei nº9868/99), negando-lhe o pedido de medida cautelar para, no mérito, modular a eficácia como método substitutivo de segurança jurídica.

Da avaliação do inteiro teor dos votos proferidos nas 37 (trinta e sete) ações com modulação de efeitos e nas 18 (dezoito) ações com negativa expressa da modulação requerida,

foi possível traçar o perfil dos ministros que compõem a Corte e identificar os fatores que os influenciam neste ato decisório.

Percebeu-se que há uma divisão nos julgamentos. Primeiro, se julga o plano normativo da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade, invalidade ou eficácia da norma inconstitucional, destacando se haverá pronúncia de nulidade.

Em um segundo momento, o julgamento tem continuidade no plano fático, que aborda a realidade social, as consequências da decisão, a aceitabilidade para cumprimento espontâneo do julgado pelos demais Poderes da Federação, e a ocorrência de fato consumado, concedendo-se um prazo "ideal" para o cumprimento do julgado sem causar insegurança pública e sem agravar a situação inconstitucional.

Ambos os planos do julgamento têm assentadas próprias, com quóruns diferentes quanto as exigência de quantidade de ministros presentes e de votos favoráveis ao pronunciamento vencedor. No plano normativo, exige-se a presença apenas de oito dos onze ministros, com pelo menos 6 (seis) votos no mesmo sentido de constitucionalidade/inconstitucionalidade.

No plano fático, a lei nº9.868/99 exige 2/3 (dois terços) dos membros, ou seja 8 (oito) ministros, que votem a favor da modulação. Contudo, convencionou-se na jurisprudência que se não for alcançado o quórum necessário à modulação devido a ausência de ministros, o julgamento é adiado para colher os outros votos.

Na análise dos votos que integraram os 37 (trinta e sete) julgamentos foram identificados como argumentos justificadores da modulação: a irreversibilidade dos fatos consumados; a impossibilidade de alteração retroativa do orçamento público; a boa-fé dos beneficiários; a continuidade do serviço público; para evitar o agravamento da inconstitucionalidade; por respeito à coisa julgada judicial e às decisões administrativas; ante questões de segurança pública; surpresa para o jurisdicionado (gestor público ou particular) pela alteração de precedente vinculativo; o fato de não haver outra alternativa jurídica que faça cessar a inconstitucionalidade sem provocar nova situação inconstitucional; no intuito de

evitar caos jurídico e caos social; para impedir vácuo legislativo nas hipóteses de omissão inconstitucional; para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio; e viabilizar tempo hábil aos Poderes Executivo, Legislativo, e Judiciário para sanar a inconstitucionalidade sem interromper a prestação do serviço público; diante de jurisprudência controvertida antes da formação de entendimento por julgamento pelo Supremo Tribunal Federal; para evitar a propositura de um elevado número de ações judiciais que decorreriam do efeito retroativo; preservar princípios constitucionais outros, ora no meio social, ora no meio ambiente, de forma a promover o “resgate da unidade material da Constituição”; e diante do longo prazo de vigência da lei inconstitucional de forma a ter alcançado incontáveis relações jurídicas.

Através da pesquisa empírica se percebeu que dos 37 (trinta e sete) casos de efeitos modulados, 14 (catorze) levaram em consideração a ressalva expressa dos processo administrativo ou judiciais já julgados, em verdadeira tutela da coisa julgada, ora em prol da segurança jurídica, ora para evitar o crescente número de ações e de recursos que sobrecarregam o Poder Judiciário e sobretudo as Cortes Superiores (Coisa julgada judicial: ADI nº4357/DF, ADI nº4425/DF (precatórios); ADI nº3022/RS (DPU em defesa funcional de servidor público); ADI nº4414/AL (vara privativa no combate ao crime organizado), ADI nº2727/DF e nº2860/DF (prerrogativa de função para ações penais e ações de improbidade); decisões administrativas consolidadas: ADI nº2904/PR (aposentadoria especial de policial civil), ADI nº3756/DF (despesas realizadas acima do limite orçamentário), ADI nº2501/MG (universidade fiscalizada por órgão estadual), ADI nº3601/DF (processos disciplinares da polícia civil), ADI nº4029 (decisões do IBAMA e do ICMBio), ADI nº3615/PB, nº2240/BA, nº3316/MT (criação, desmembramento ou alteração de municípios, as decisões e processos por eles administrados).

Constatou-se ao final que em um cenário de 37 (trinta e sete) decisões de modulação, há uma proporção de 13 (treze) julgamentos com nítidas influências político partidária, ainda que também influenciadas por outros fatores externos, e 24 (vinte e quatro) sem dados objetivos de tais influências.

Ao que se pôde constatar apenas os ministros Marco Aurélio, e anteriormente o ministro Sepúlveda Pertence demonstraram em seus votos intermitentes serem contrários à aplicação do art.27 da lei nº9.868/99, concedendo a eficácia diferenciada em caráter excepcional e quando justificados por outro fundamento que não o referido art.27.

Em 7 (sete) casos (ADI nº4029, ADI nº2240/BA e nº3316/MT para aderir ao voto do Ministro Gilmar Mendes, ADI nº4009/SC e nº4001/SC para aderir ao voto da ministra Carmén Lúcia, e as ADI's nº3430/ES e nº4125/TO) houve expressa retificação de votos para aderir à modulação no prazo consensualmente debatido e deliberado, demonstrando a relevante influência dos próprios pares.

Dos 37 (trinta e sete) processos com concessão de modulação, apenas 14 (catorze) têm a indicação nos votos e relatório de que foi formulado pedido expresso para esse fim, 4 (quatro) dos pedidos atendidos foram formulados pelo Procurador-Geral da República (ADI nº2501/MG, ADI nº2797/DF, ADI nº2860/DF, ADI nº3022/RS), 2 (dois) requeridos pelo Conselho Federal da OAB (ADI nº4357/DF e ADI nº4425/DF), e 8 (oito) por governadores de estado-membro e do Distrito Federal (ADI nº3689/PA, ADI nº3819/MG, ADI nº3601/DF, ADI nº4167/DF, ADI nº875/DF, ADI nº3243/MT, ADI nº1987/DF e ADI nº2727/DF).

A pesquisa estatística disponível no site oficial do Supremo Tribunal Federal demonstra que a quantidade de ações de controle abstrato proposta por Procurador-Geral (20,5%) e por governador (23,7%) se equivalem. Segundo pesquisa empírica de Luiz Werneck Vianna, as ações propostas pelo Procurador-Geral são as que têm maior índice de acolhimento, porque tanto seu pleito quanto seu parecer são tradução de interesse público primário. Mas a nossa pesquisa que em termos de modulação de efeitos, as solicitações mais tendidas foram as dos governadores. Provavelmente porque há uma tendência de proteção ao erário, sobretudo nas questões direta ou indiretamente orçamentárias, como constatado na tese de doutorado de Fábio Martins de Andrade.

Constata-se assim, que apesar de em alguns momentos a modulação de efeitos beneficiar determinado ente político, representado por um partido de governo, não se percebe em todos os casos interferência e a correspondência direta entre a indicação partidária dos

ministros para compor a Corte e o partido do ente político beneficiado. Acrescente-se que nos casos nos quais foi identificada coincidência de votos com as intenções político partidárias do chefe do Poder Executivo que os nomeou igualmente foram identificados outros fatores externos e sociais que igualmente influenciaram as decisões.

Percebe-se que alguns ministros tem maior poder de persuasão (ex. Gilmar Mendes) no convencimento e na retificação dos votos dos pares do que outros que não demonstraram ter quaisquer influência porque na maioria das vezes possui votação isolada e vencida pela maioria (ex. Marco Aurélio). Há nítida influência interna dos pares.

Também foi constatada a influência "consequencialista" quanto à preocupação na maior eficácia e no cumprimento do acórdão pelos seus destinatários, sobretudo quando se tratar de Poder Legislativo, nos casos das omissões inconstitucionais. A respeito, Heleno Taveira Torres sustenta que não se trata de consequencialismo (ativismo judicial) e sim de "soberania dos fins, à luz do sistema jurídico responsivo".

Conclui-se, portanto, que a utilização de modulação da inconstitucionalidade sofre em alguns casos influências político-partidárias, em conjunto com outros fatos internos e externos, dentre os constatados por este estudo destacam-se: influência dos pares, justificabilidade quanto ao cumprimento da decisão, os efeitos econômicos e sociais da decisão, e o fator surpresa para o jurisdicionado que feriria a segurança jurídica, além da proteção da coisa julgada quando interferir em questões sociais.

O que se propõe para estudos futuros é a análise de proposta para conter essa influência político partidária, e evitar que ela se transmude em arbitrariedades *contra legem*.

As decisões analisadas não demonstram manifesta inconstitucionalidade, mas em seu conteúdo há uma carga político partidária relevante que precisa ser limitada de forma mais contundente pelo direito positivo, para evitar arbitrariedade.

Pesquisas empíricas, tanto em países com ministros escolhidos pelo presidente da República, como é o caso do presente estudo acerca do comportamento da Suprema Corte

brasileira, bem como pesquisas em países cujos julgadores são de escolha pelo Parlamento, como é o caso de Portugal, a teor da pesquisa realizada por Veronica Grembi, Nuno Garoupa e Sofia Amaral Garcia, demonstraram as influências político partidárias nas decisões de controle de constitucionalidade. Deste modo, estudo posterior poderá visar proposta de nova composição da Corte de forma democrática, com participação mais direta de participantes da sociedade, hoje limitada ao *amicus curiae*.

Acreditamos que a instituição de mandato sem recondução é uma boa ideia a ser “importada” do Direito Comparado, o que aliada a democratização e transparência do procedimento de escolha e nomeação poderia igualmente minimizar uma dominação de poder unilateral no órgão judicante.

Tomando por base a vinculação das decisões prolatadas pelo Supremo a todos os órgãos do Poder Judiciário, seria válido permitir expressamente na norma, que Tribunais intermediários pudessem realizar o *distinguishing*, e até propor o *overruling*, através das ponderações dos princípios e valores constitucionais em conflito, já que a jurisdição ordinária detém o poder de fiscalização através do controle difuso. Como não há possibilidade da Corte Suprema prever todas as consequências sociais de suas decisões, competiria a ela determinar a regra geral. Aos Tribunais ordinários competiria identificar as peculiaridades da coisa julgada inconstitucional e submetê-la ao Tribunal Constitucional, em caso de *overruling*, para a ratificação ou retificação da decisão, com efeito transcendental para atingir situações similares.

Confirma-se, portanto, que a decisão jurídica, como construção humana, remete-nos a divergências interpretativas, ora de natureza legalista e desinteressada; ora com conteúdo social e com particularidades subjetivas; ora com alternativas solucionadoras, encontradas dentro do sistema; ora com interesses externos motivados pela política.

Destarte, com a presente pesquisa foi possível comprovar que a atuação do Supremo Tribunal Federal, cuja composição se dá por livre escolha do Chefe do Poder Executivo, decorre não apenas da aplicação, mas principalmente da criação do direito, exercendo papel político relevante no Estado Democrático de Direito.

Diante da atuação do Supremo no âmbito normativo, com efeito *erga omnes* vinculativo às demais instâncias do Judiciário, fica resguardada a competência jurisdicional ordinária para a desconstituição das relações jurídicas albergadas pelo manto da coisa julgada. A relativização poderá ter seus efeitos igualmente fixados pelo Judiciário comum, em prevalência dos princípios constitucionais da boa-fé, da não surpresa e da segurança jurídica, como forma também de limitação da influência político partidária no Tribunal Supremo, levando-o a reapreciar o caso a partir de um *distinguishing*.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica. Para um teoria da dogmática jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2007.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal.** Curitiba: Juruá, 2012.

BALLE, José Maria Lafuente. *La judicialización de la Interpretación constitucional.* Madrid: Editorial Colex, 2000.

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo. **In: Obras Seletas de Rui Barbosa,** Trabalhos Jurídicos, vol.XI. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 3ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. **In: Obras completas,** 2º volume. Belém: Conselho federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.** Atualizado por José Aguiar Dias. Série: Arquivos do Ministério da Justiça. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

CAMPOS, Hélio Ourem. Cortes Constitucionais a Dinâmica do Poder. **Separata da Revista O Direito.** Ano 142, V.Almedina, 2010, p.989-1003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984.

_____ **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade e um discurso instituinte de direitos.** Curitiba: J.M., 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____ Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sobre sua égide. **Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**, nº19, vol.5, abr/jun de 1997.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar.** São Paulo: Noeses, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELSTER, Jon. **Peças e Engrenagens das Ciências Sociais.** Tradução de Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva em la declaracion de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales.* **Revista de Direito Público nº92**, ano 22, outubro-dezembro de 1989, p.5 - 16.

_____. Controle de constitucionalidade na Europa. **Revista de Direito Público**, v.20, nº84, outubro-dezembro de 1987, p.5-9.

Exposição de Motivos nº189, de 7 de abril de 1997, publicada no Diário do Senado Federal em 24 de fevereiro de 1999.

FERRARI, Regina Maria Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GREMBI, Veronica *et al.* Judicial Independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal. Disponível em : <http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=1156281>. Acesso em: 04 de abril de 2012.

HART, Herbert L.A.. **O conceito de Direito**. Tradução por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre:1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. **Hermenêutica e Argumentação. Uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. A Convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 14. n.57. São Paulo: RT, outubro-dezembro de 2006, p.62-81.

LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, vol 7, nº27, abr/jun, 1999, p.183-208.

LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. **Revista da Ajuris**, v. 34, n.17, setembro de 2007, p.157-170.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação Temporal dos Efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Revista do Curso de Direito da FEAD**, nº5, janeiro-dezembro de 2009, p.105-119.

MACHADO, Hugo de Brito. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, ano18, vol.123, abril de 1994, p.9-15.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

_____. Eficácia Vinculante. A ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. In: **Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional**. Volume IV. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – *Unvereinbarkeitserklärung* – na jurisprudência da corte constitucional alemã. **Revista de Informação Legislativa**, nº118, abr/jun de 1993, p.61-84.

_____. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano47, nº183, jan/jun 1994, p.40-73.

_____. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte constitucional alemã. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, ano I, nº4, jul/set/1993, p.7-29.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t.VI.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?: A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Maxlimonad, 1998.

_____. **O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. O Significado Teórico de Constitucionalidade/Inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Disponível em : <<http://www.rio.rj.gov.br/web/pgm/exibeconteudo?article-id=151244>>. Acesso em : 20/12/2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** Martins Fontes: São Paulo, 2008.

OTERO, Paulo. **Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional.** Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PASCHOAL, Gustavo Henrique. A Jurisdição Constitucional Alemã e o Controle abstrato de Normas com base na Lei Fundamental. Disponível em : <<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/239>>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

PIZORRUSSO, Alessandro. **Leciones de Derecho Constitucional.** Volume II. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1984.

PRAZERES, José Ribamar Sanches. Lei nº 9868/99: a inconstitucionalidade interrompida. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/a_inconstitucionalidade_interrompida/>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2001.

REIS, Wanderlei J..O Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte dos Estados Unidos. Disponível em : < <http://jus.com.br/artigos/23590/o-supremo-tribunal-federal-e-a-suprema-corte-dos-estados-unidos>>. Acesso em : 25 de agosto de 2013.

SANTOS, Ernani Fidélis. O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. **Revista dos Tribunais**, ano 79, vol.661, novembro de 1990, p.25-36.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. Coisa Julgada Relativa? *Revista Jurídica*, ano 52, nº316, fevereiro de 2004, disponível em: <http://http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista%20-formatado.pdf>. Acesso em 10/10/2012.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais. In: **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993**. J. Sousa e Brito et al. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SEGADO, Francisco Fernandez. El Control de Las Omisiones Legislativas por el Bundesverfassungsgerricht". Disponível em : < <http://www.juridicas.unam.mx/>>. Acesso em 06.07.13.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. Metodica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law. Third Edition. New York: Foundation Press, 2000.*

SITES PESQUISADOS:

<http://www.supremecourt.gov/>

<http://www.diariodecuiaba.com.br>

<http://pt.wikipedia.org/>

<http://www.tse.jus.br/>

<http://www.stf.jus.br//>
