

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Thomaz Ahrends Torelly Bastos

A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
pressupostos, técnica e aplicação no controle concentrado

Porto Alegre
2019

THOMAZ AHRENDTS TORELLY BASTOS

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: *pressupostos, técnica e aplicação no controle concentrado***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre

2019

Txx Bastos, Thomaz Ahrends Torelly, 1990-

A modulação de efeitos temporais na jurisdição constitucional:
pressupostos, técnica e aplicação no controle concentrado:

Thomaz Ahrends Torelly Bastos – 2019.

150p.

Orientador: Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós- Graduação
em Direito, Porto Alegre, RS, Brasil, 2019.

THOMAZ AHRENDTS TORELLY BASTOS

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: *pressupostos, técnica e aplicação no controle concentrado***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel
Orientador

Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Prof. Dr. Rômulo Ponticelli

Prof. Dr. Rodrigo Valim

Convenons donc que force ne fait pas droit et qu'on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes. Ainsi ma question primitive revient toujours.
(J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social* (1782), I, 3).

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço especialmente a minha mãe, que, desde exemplo incontestável de servidora pública, até incentivadora incansável no meu aperfeiçoamento profissional e pessoal, soube, como poucas, com dedicação e carinho tenro, transmitir a seu filho o legado dos valores para formação do bom homem. A ti, devo tudo que sou.

Também, agradeço a meu pai, tanto pelo exemplo de tenacidade na batalha da vida, pelo incentivo à investigação histórica, como pelas reflexões sobre a importância da formação como condição para construção sólida do ser humano.

Agradeço a todos meus avós, em especial meu avô paterno, por despertar em mim, ainda que de forma lúdica, o apreço pela curiosidade às coisas do mundo.

Agradeço a minha tia, Elizabeth Bastos Duarte, por emprestar carinhosamente seu brilhantismo linguístico para maturação e finalização do texto da presente investigação científica.

Agradeço a minha namorada, Eduarda Ardenghi Gonçalves, pelo amor, traduzido no apoio e na compreensão nos momentos de exaustão e dificuldade para manutenção do equilíbrio na atenção às diferentes perspectivas da vida.

Agradeço a todos os professores do Programa de Pós-Graduação da UFRGS com os quais tive o privilégio do contato, em especial, ao Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel pelo voto de confiança a mim depositado, pelas valiosas reflexões colhidas nas aulas, bem como pelo exemplo de devoção e dedicação acadêmica ao estudo dos temas estruturais mais nobres do Estado.

Agradeço a meu padrasto, Luiz Felipe Silveira, por cativar em mim a motivação emocional para seguir em frente, bem como por ter dedicado atenção especial à minha mãe nos momentos em que, por obrigações inconciliáveis, não pude me fazer presente.

Agradeço a meus amigos, especialmente os mais próximos e de longa data, que mesmo premidos pela intensificação massiva das atividades profissionais inerente à fase de vida, fomentam constantemente o encontro para alimentar a alegria de viver, sempre transmitindo palavras de motivação e otimismo para novas conquistas.

Por fim, agradeço a Deus por sempre abençoar o caminho a ser traçado e nos confortar nos momentos de ansiedade, cansaço e luta em busca de uma vida melhor.

RESUMO

A partir da síntese da noção da morfologia política do Estado, representada pela maturação histórica da hexapartição de poderes, da essencialidade do controle de constitucionalidade enquanto tutela de valores últimos e a reportagem dos dois modelos clássicos, no seio da Jurisdição Constitucional, tema que ainda suscita discussão é o da modulação de efeitos temporais nas declarações de inconstitucionalidade, uma vez que dialoga tanto com a intransigibilidade da supremacia da Constituição como com a ponderação casuística de normas de igual *status* constitucional. A técnica, desde sua influência estrangeira, seu processo legislativo, natureza e constitucionalidade, até os critérios formais e valorativos de ordem material para determinação dos efeitos na modulação temporal, bem como o empirismo da técnica, voltado ao exaurimento da pesquisa jurisprudencial e o exame pontual da adoção da modulação exclusivamente *pro futuro* pelo Supremo Tribunal Federal ao longo da vigência da faculdade legislativa da técnica da modulação de efeitos são o balizamento da análise científica a ser empreendida na presente dissertação de mestrado.

Palavras-chave: Direito constitucional. Controle de constitucionalidade. Modelos. Sistema misto. Modulação de efeitos temporais. *Pro futuro*.

ABSTRACT

From the synthesis of the notion of the political morphology of the State, represented by the historical maturation of the hexapartition of powers, of the essentiality of the control of constitutionality as a guardianship of ultimate values and the reporting of the two classic models, within the Constitutional Jurisdiction, a theme that still raises discussion is the modulation of temporal effects in declarations of unconstitutionality, since it dialogues both with the intransigibility of the supremacy of the Constitution and with the casuistic consideration of norms of equal constitutional status. The technique, from its foreign influence, its legislative process, nature and constitutionality, to the formal and evaluative criteria of material order to determine the effects in the temporal modulation, as well as the empiricism of the technique, aimed at the exhaustion of the jurisprudential research and the punctual examination of the adoption of modulation exclusively for the future by the Federal Supreme Court during the validity of the legislative faculty of the technique of modulation of effects are the hallmark of the scientific analysis to be undertaken in this dissertation.

Keywords: Constitucional Law. Constitucional control. Models. Mixed system. Temporal modulation. Pro future.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADPF – Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental

art. – artigo

CF – Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

ED – embargos de declaração

p. – página

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	11
2 NOÇÕES PRELIMINARES: OS PRESSUPOSTOS	13
2.1 UMA SÍNTESE DA MORFOLOGIA POLÍTICA MODERNA DO ESTADO	14
2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A TUTELA DE VALORES ÚLTIMOS	21
2.3 SOBRE O MODELO DE ESTRUTURA CUMULADA-DESCENTRALIZADA-MONISTA	25
2.4 SOBRE O MODELO DE ESTRUTURA SEPARADA-CENTRALIZADA-DUALISTA	31
3 A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS: A TÉCNICA	36
3.1 A PROBLEMÁTICA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS: ENTRE POLITICIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.....	37
3.2 DETERMINAÇÃO DE EFEITOS: CRITÉRIOS VALORATIVOS PARA APLICAÇÃO	44
3.3 A SEGURANÇA JURÍDICA.....	50
3.4 O EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL.....	58
4 DOS CASOS CONCRETOS: A APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DE <i>PRO FUTURO</i> NO CONTROLE CONCENTRADO	62
4.1 CONCURSO PÚBLICO E RECURSOS HUMANOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	62
4.1.1 ADI 3430/ES	63
4.1.1.1 <i>Do resumo do processo</i>	63
4.1.1.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro.....</i>	64
4.1.2 ADI 3609/AC	66
4.1.2.1 <i>Do resumo do processo</i>	66
4.1.2.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro.....</i>	66
4.1.3 ADI 3819/MG	68
4.1.3.1 <i>Do resumo do processo</i>	68
4.1.3.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro.....</i>	69
4.1.4 ADI 4876/MG	70
4.1.4.1 <i>Do resumo do processo</i>	70
4.1.4.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro.....</i>	71
4.1.5 ADI 4125/TO	74
4.1.5.1 <i>Do resumo do processo</i>	74
4.1.5.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro.....</i>	75

4.1.6 ADI 1241/RN	77
4.1.6.1 <i>Do resumo do processo</i>	77
4.1.6.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	78
4.1.7 ADI 3415/AM	79
4.1.7.1 <i>Do resumo do processo</i>	79
4.1.7.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	80
4.2 ADVOCACIA, TUTELA DE DIREITOS EM JUÍZO E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA	83
4.2.1 ADI 4270/SC	83
4.2.1.1 <i>Do resumo do processo</i>	83
4.2.1.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	85
4.2.2 ADI 3022/RS	87
4.2.2.1. <i>Do resumo do processo</i>	87
4.2.2.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	88
4.3 FINANÇAS PÚBLICAS E PREVIDÊNCIA	90
4.3.1 ADI 3628/AP	90
4.3.1.1 <i>Do resumo do processo</i>	90
4.3.1.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	91
4.3.2 ADI 4425/DF	93
4.3.2.1 <i>Do resumo do processo</i>	93
4.3.2.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	95
4.3.3 ADI 4171/DF	99
4.3.3.1 <i>Do resumo do processo</i>	99
4.3.3.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	100
4.4 O PACTO FEDERATIVO, COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS E FUNDOS	103
4.4.1 ADI 1842/RJ	103
4.4.1.1 <i>Do resumo do processo</i>	103
4.4.1.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	104
4.4.2 ADI 3458/GO	107
4.4.2.1 <i>Do resumo do processo</i>	107
4.4.2.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	108
4.4.3 ADI 2240/BA	110
4.4.3.1 <i>Do resumo do processo</i>	110
4.4.3.2 <i>Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	111
4.4.4 ADI 429/CE	114
4.4.4.1 <i>Do resumo do processo</i>	114

<i>4.4.4.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	115
4.4.5 ADI 3666/DF	116
<i>4.4.5.1 Do resumo do processo</i>	116
<i>4.4.5.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	117
4.4.6 ADI 875/DF (ADIs apensadas nºs 1.987/DF, 2.727/DF e 3.243/DF)	118
<i>4.4.6.1 Do resumo do processo</i>	118
<i>4.4.6.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro</i>	120
5 APONTAMENTOS FINAIS	123
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	125

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A atual conjuntura da universalidade do fenômeno jurídico¹ no Estado Democrático de Direito investe cada vez mais esforços no prestígio conferido às matérias de *status* constitucional e à essencialidade da Constituição e de sua defesa, o que, por si só, motiva a consideração a razões, tanto de caráter jurídico como até mesmo extrajurídico, para o empreendimento da presente investigação.

É truísmo afirmar que o controle de constitucionalidade², ao lado dos direitos fundamentais e da organização político-institucional do Poder do Estado, é um dos temas mais caros aos *finis últimos* do Estado. Se a forte influência do dogma da preponderância do Parlamento no curso do processo de especialização dos órgãos políticos e desconcentração do poder precedeu o exercício da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional, haveria de chegar o momento em que o problema da fiscalização de eventuais “abusos legislativos” teria de se apresentar³. Mais cedo ou mais tarde, os aplicadores das leis confrontariam-se com o fundamental – mas já vetusto – dilema: ou a constituição é o documento supremo de um Estado e todas as normas desconformes com ela devem ser expurgadas da ordem jurídica, ou se afasta a própria Constituição por prestígio às leis e à soberania do Parlamento. Trata-se, objetivamente, das causas fundantes do núcleo essencial do Estado Democrático de Direito. Ao menos em grande parte do mundo ocidental, escolheu-se a primeira opção.

A relevância jurídica do poder de rechaço da lei no âmbito do Direito Constitucional prescinde de justificação: uma vez que o sistema jurídico se constitui como um conjunto de normas hierarquizadas, em cujo ápice está assentada a Constituição da República⁴, todas as leis e os atos praticados pelo Estado em qualquer de seus âmbitos e poderes (art. 2º da CF) devem guardar harmonia (formal ou material) com o disposto no texto constitucional. Mais do

¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31-51.

² Sob a perspectiva da etimologia, o sintagma *controle* tem origem francesa e possuía utilização corrente nas embarcações que aportavam mercadorias. Advindo do termo *contre-rôle*, denota um sentido de verificação e checagem dos produtos enviados (REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 08-09). Em termos conceituais, está a se falar da competência da Jurisdição Constitucional de invalidar leis ou atos governamentais repugnantes à Constituição (BARRON, Jerome A; DIENES, C. Thomas. **Constitutional law**. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2010. p. 01). Na realidade do controle de constitucionalidade brasileiro, convencionou-se o uso do termo adjetivo *concentrado* para fazer alusão às ações de cunho objetivo, direto e abstrato ajuizadas perante do STF (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 52).

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 913.

⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. **Positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 31-65.

que isso: leciona o constitucionalismo que, na perspectiva político-histórica – a partir da concepção da necessidade de racionalização da vida em sociedade trazida pelo liberalismo clássico do século XVIII, enquanto estatuto jurídico político –, a Constituição, em última análise, tutela o primado do Direito. E, como é bem destacado pelo Min. Luís Roberto Barroso⁵, a existência do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito pressupõe, inegavelmente, dois fatores: a supremacia da Constituição e a rigidez do texto constitucional.

O Brasil, assim como outros países⁶, ao fusionar em mesmo órgão as funções de controle das leis e de sua aplicação, faz do controle de constitucionalidade um problema e, por isso, encontra dificuldades de boa operacionalização⁷. A coexistência, de um lado, da matriz importada do modelo cumulado-descentralizado-monista, que é a regra do direito brasileiro do dogma da nulidade, oriundo do excepcionalismo norteamericano⁸, internalizado especialmente por Rui Barbosa e positivado no sistema brasileiro desde a Constituição de 1891, e, de outro lado, do modelo separado-centralizado-dualista da Europa Continental instituidor de órgão exclusivo, o Tribunal Constitucional (Emenda Constitucional de 07.12.1929 à Constituição Austríaca de 1920), e influenciado pela Teoria Pura do Direito do mestre atemporal da escola jurídica de Viena, Hans Kelsen, leva, como será evidenciado na sequência, a um estado de verdadeira crise, traduzida pela insegurança jurídica e pela constante perturbação da ordem social, econômica e política⁹.

A presente investigação científica tem, pois, três clivagens em perspectiva. Em um

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

⁶ Vide, no continente americano, os casos do Peru, México, Venezuela, Colômbia, Nicarágua, República Dominicana, Guatemala e Equador (REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 97).

⁷ GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e o Código de Processo Civil: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 23.

⁸ FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Por um Tribunal Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 143-152, jul./set. 1997. p. 150.

⁹ Nessa perspectiva, é sempre oportuno trazer o escólio do mentor das ondas renovatórias e do Projeto Florença da década de 70, Mauro Cappelletti, que pontifica o seguinte: ‘‘enquanto o sistema norte-americano de controle judicial de legitimidade constitucional das leis tem – pelo menos segundo a concepção tradicional que, no entanto, nos últimos decênios sofreu notáveis oscilações e atenuações, como voltaremos a ver (infra, § 4º) – o caráter de um controle meramente declarativo, o sistema austríaco assume, ao invés, o caráter de um controle constitutivo da invalidade e da conseqüente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição; e disto, com total coerência, deriva, ainda, que enquanto no primeiro sistema, a eficácia (meramente declarativa) opera, em princípio ex tunc, retroativamente – trata-se, de fato, de repito, de mero acerto de uma pré-existente nulidade absoluta (5) – no sistema austríaco, ao contrário, a eficácia (constitutiva, ou seja, de anulação) do pronunciamento de inconstitucionalidade opera ex nunc, ou, com toda certeza, pro futuro, não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação (6)’’ (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. reimpr. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 117).

primeiro momento, parte-se das noções pressupostas estruturais sem as quais não se pode renunciar. Refere-se à compreensão adequada da morfologia contemporânea do Estado e do inventário da consolidação do marco do estudo dos matizes de cada um dos modelos de controle de constitucionalidade existentes no mundo (o modelo cumulado-descentralizado-monista e o modelo separado-centralizado-dualista)¹⁰. Em seguida, analisa-se a técnica da modulação de efeitos temporais na realidade da Jurisdição Constitucional brasileira, desde sua natureza até seus referenciais teóricos e critérios de aplicação prática. Ao final, sob o viés empírico, selecionou-se, para fins de avaliação, todos os casos julgados no Brasil com atribuição de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade exclusivamente *pro futuro*.

Tem-se a convicção acerca da pertinência do tema abordado e seu interesse para a sociedade brasileira, em especial, os operadores do Direito, o que justifica a presente dissertação, que, a partir da tridimensionalidade supra, debate um dos temas mais caros ao Estado e, em especial, à Jurisdição Constitucional.

2 NOÇÕES PRELIMINARES: OS PRESSUPOSTOS

Para os fins da presente dissertação, antes de mais nada, não há como trazer o tema à lume sem se partir de alguns pressupostos inafastáveis, que se constituem como justificação da correta visão da alocação da Jurisdição Constitucional na morfologia política do Estado. Efetivamente, em ordem de importância, este é o pressuposto estrutural primeiro sem o qual a correta compreensão acerca do tema ora investigado fica prejudicada. Uma síntese é suficiente para iniciar o projeto de exame da modulação de efeitos temporais no controle concentrado de constitucionalidade. Registre-se, finalmente, que, apesar de o tema da separação dos fins e funções do Estado não ser objeto central do trabalho, sua planificação completa colabora para correta compreensão do fenômeno do controle de constitucionalidade.

¹⁰ Importa notar a relativa aproximação dos dois modelos que se manifesta na Alemanha e na Itália, nos quais, obviamente, cada um desenhado a sua maneira e maturado pelas suas próprias circunstâncias, possuem a tradição da exclusividade do controle de constitucionalidade das leis deferida ao Tribunal Constitucional, mas há, paralelamente, a possibilidade de suscitação incidental da questão de legitimidade constitucional derivada de uma lide individual concretamente considerada (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. reimpr. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 109-110). De qualquer maneira, e aqui é ponto relevante, ainda que a controvérsia constitucional esteja semeada e advenha incidentalmente a um caso concreto, mesmo assim, respeitada sempre está a titularidade exclusiva em última análise do Tribunal Constitucional para verificação constitucional, a ser provocada por via própria ou incidentalmente.

2.1 UMA SÍNTESE DA MORFOLOGIA POLÍTICA MODERNA DO ESTADO

A racionalidade moderna do estudo da Teoria Geral do Estado, da Ciência Política e do próprio Direito Constitucional identifica, para fins de justificação polissêmica de atingimento do bem comum mediante a estabilidade do Direito Público, clara e adequada morfologia política do Estado, a ser constituída a partir da separação dos fins e das funções do Estado¹¹, partindo-se da predeterminação holística de que a cada fim é entregue ao menos uma função, e cada função é exercida por um poder político do Estado¹².

Alicerçada no lento e gradual processo histórico da humanidade, essa compreensão moderna verticaliza em níveis tais fins e funções do Estado em um sistema bifronte, seccionando o campo da política do campo jurídico do Estado, conforme testemunha o processo histórico da humanidade que, resumidamente, ora se passa a deduzir.

A partir da crise do Reino Medieval Feudal, descentralizado politicamente, essencialmente estamental e com sistema agrário fechado, debutou o Estado Ocidental¹³ e, com ele, o início da separação entre a esfera autônoma pública e as relações entabuladas de natureza eminentemente privada¹⁴ com vistas à superação da onipresença do caos. O sucesso da unificação nacional no continente europeu tem resposta no apoio fundamental da nobreza e da burguesia, bem como, em alguns casos, até mesmo da Igreja. Viu-se, assim, a consolidação do soberano, politicamente concentrado e exageradamente hipertrofiado, com justificação teórica tanto no poder divino¹⁵ como na imprescindibilidade de expurgar a violência

¹¹ Ressalte-se que esta compreensão tem raízes no próprio iluminismo, o que é atestado expressamente pelo art. 16 da Declaração de direitos do homem e do cidadão (1789), que estatui o seguinte: “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos **direitos nem estabelecida a separação dos poderes** não tem Constituição”. (Grifa-se)

¹² REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 19; FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Por um Tribunal Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 143-152, jul./set. 1997. p. 147.

¹³ Na Europa, o pioneirismo de formação dos Estados Nacionais é atribuído à Portugal com a dinastia Borgonha e a dinastia Avis, conformado em uma economia mercantilista, e com todos os fatores políticos, sociais e tecnológicos disponíveis, deu início ao inédito e clássico expansionismo marítimo, a partir da conquista de Ceuta. Estudos mais modernos, vale registrar, apontam que, na perspectiva global, o verdadeiro pioneirismo há de ser atribuído à China (FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política**: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Trad. Nivaldo Montigelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013. [ebook]).

¹⁴ Mesmo um dos primeiros marcos fundamentais do constitucionalismo, a Carta Magna de 1215, embora tenha garantido a limitação do poder real mediante constrição da política confiscatória de João Sem-Terra, tem registro histórico com notas e caracteres de pacto de natureza privada, circunscrito entre a elite feudal britânica e o Rei (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 36).

¹⁵ FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Por um Tribunal Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 143-152, jul./set. 1997. p. 144.

multifacetada do Estado de Natureza¹⁶.

Tal modelo concentrado do Estado Nacional Moderno, alçado ao seu apogeu no *Anciën Régime*, reconfigurou, calcado na soberania da Coroa e idealizado teoricamente pela concepção bodiniana (1530-1596)¹⁷, o espaço político. Com efeito, os vários medos (políticos, econômicos, religiosos e sociais) do passado e os presentes da época, cada um jungido a seu contexto, determinavam a concentração e convergência de poder na figura do Rei forte. Apesar disso, desde este momento, referido executivismo absoluto reconheceu pedra angular para o desdobramento histórico de separação dos fins e das funções do Estado que viria a se suceder nos séculos seguintes. A um só tempo, o trono real cumulava a soberania na sua essência, absoluta e indivisível, e o seu exercício¹⁸, distinção fundamental que contemporaneamente consubstancia a clara divisão do poder político entre o Estado e o Governo^{19,20}.

Ocorre que, mesmo com pontuais tentativas de revitalização mediante a incorporação das novas ideias racionais²¹ ao modelo absolutista, a falência do sistema era inadiável à vista

¹⁶ Esta justificação encontrou referencial teórico na clássica obra *O Leviatã*, do inglês Thomas Hobbes.

¹⁷ Em seus dizeres, na clássica obra *Les six livres de la république* (1583), consta: "(...) *et que toutes les lois de nature nous guident à la Monarchie, soit que nous regardons ce petit monde qui n'a qu'un corps, et pour tous les membres un seul chef, duquel dépend la volonté, le mouvement et le sentiment ; soit que nous prenons ce grand monde qui n'a qu'un Dieu souverain; soit que nous dressons nos yeux au ciel, nous ne verrons qu'un Soleil*" (BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Un abregé du texte de l'édition de Paris de 1583. Edition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/bodin_six_livres_republique.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018. p. 23).

¹⁸ FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Por um Tribunal Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 143-152, jul./set. 1997. p. 143-144.

¹⁹ BAGEHOT, Walter. **The English Constitution**. Reprinted from the "fortnightly review". London: Chapman and Hall, 193, Piccadilly, 1867. p. 04-06; SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 46-47; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 55-57.

²⁰ Além de Jean Bodin (1530-1596), o próprio Montesquieu (1689-1755), mais tarde, viria subscrever a ideia, ao identificar, a sua maneira, o que se poderia chamar de 2 (dois) Executivos, recomendando a adoção da república federativa sob o argumento de que "*Si une république este petite, elle est détruite par une force étrangère; si elle est grande, elle se détruit par un vice intérieur. Ce double inconvénient infecte également les démocraties et les aristocraties, soit qu'elles soient bonnes, soit qu'elles soient mauvaises. Le mal est dans la chose même; il n'y a aucune forme qui puisse y remédier. Ainsi il y a grande apparence que les hommes auraient été à la fin obligés de vivre toujours sous le gouvernement d'un seul, s'ils n'avaient imaginé une manière de Constitution qui a tous les avantages intérieurs du gouvernement républicain, et la force extérieure du monarchie. Je parte de la république fédérative. (E.L, IX, 1)*" (GOYARD-FABRE, Simone. **Montesquieu ou la Constitution de la liberté**. Collection Philo-philosophes. Paris: Ellipses, 1997. p. 52). (Grifou-se)

²¹ É o *Despotismo esclarecido* ou o *Reformismo Ilustrado* o movimento desta tentativa de conservação monárquica em face das nova realidade social, cujos principais expoentes foram Frederico II da Prússia (1712-1786), José II da Áustria (1741-1490) e Catarina II da Rússia (1729-1796).

da intrínseca tirania subjacente à monarquia²². São as ondas iluministas²³, que findam por desaguar no marco da Revolução Francesa (1789-1799)²⁴ e que, desde o estopim com o *14 julliet* (queda da Bastilha), dão vazão à compreensão da necessidade de um processo racional de especialização do centro de poder do Estado, visando à contenção do arbítrio.

Dai decorreu o primeiro passo na separação dos poderes com a autonomização da função legislativa. O exemplo sempre citado, não por acaso²⁵, é o da experiência britânica, uma vez que é a sociedade europeia pioneira da transição para bipartição de poderes do Estado e do governo mundial como um todo até o fim do século XIX. De fato, passando pela politicamente hábil Dinastia Tudor (1485-1603), o atrito entre o trono e o Parlamento, relativamente à representação, recrudescer na Dinastia do Stuart (1603-1714), culminando na vitória peremptória do Parlamento e conquista da função exclusiva de deliberação legislativa ocorrida com a Revolução Gloriosa (1688-1689)²⁶ e materializada no famoso *Bill of Rights* (1689)²⁷. E, assim, quando da suplantação do modelo concentrado anterior teve lugar nos demais países europeus mais tarde, o liberalismo inglês já amadurecido serviu de base para construção e divisão dos *fins* e funções do Estado.

A emergência da tripartição dos poderes com nascimento do Judiciário independente

²² Pois, como o pontifica o historiador britânico John Emerich Edward Dalberg-Acton (1834-1902), na famosa Carta ao Bispo M. Creighton, em 1887, “*Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely in such manner that great men are almost always bad men.*”

²³ Cf. excelente contextualização do processo de primazia da razão em: FORTES, Luiz Roberto Salinas. **O Iluminismo e os Reis Filósofos**. 3 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985, p. 11-29.

²⁴ Sobre este período clássico de convulsão popular contra a opulência das classes privilegiadas da época, vale sempre referenciar os clássicos sobre o tema: HOBBSAWM, Eric J. **A Revolução Francesa**. 7. ed. Coleção Leitura. São Paulo: Paz e Terra, 1996; VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa explicada à minha neta**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Unesp, 2005.

²⁵ A peculiaridade da Inglaterra no ineditismo da bipartição se explica devido a suas condições especiais. E não era esta a realidade de outros Estados na mesma época. Na França, por exemplo, o processo de evolução institucional, como dito, hipertrofiou o poder real, que conseguiu alijar da institucionalidade as demais forças sociais e, inexistindo mecanismos institucionais para o equilíbrio da independência e harmonia das funções do Estado, culminou no processo revolucionário. Já em Portugal, a patente fragilidade das forças sociais, representada pelo patriarcalismo mercantilista, não tinha interesse nem apoio para suplantarem o *status quo* (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 55).

²⁶ Atribui-se a um dos pais do liberalismo inglês, John Locke (1632-1704), a fundamentação teórica da bipartição de poderes entre Executivo – órgão em que o Judiciário estava albergado de início – e o Legislativo.

²⁷ O instrumento jurídico, imposto à Guilherme de Orange e Mary Stuart como condição inafastável à assunção ao trono britânico, tem caráter transcendental para o constitucionalismo e, além de consagrar princípios e a própria independência funcional do Parlamento – consagrada na lapidar formulação do político francês Adolphe Tiers “*le roi régne, mas ne gouverne pas*” –, também serviu de inspiração para a *Bill of Rights* norte-americana de 1789, para a Declaração de Direitos Humanos das Nações Unidas e para a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Para mais informações, vide publicação institucional disponível em: INGLATERRA. Parliament. Bill of Rights (1689). Disponível em: <<https://www.parliament.uk/about/livingheritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/collections/collections-glorious-revolution/billofrights/image-3/>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

se dá com a sua cisão institucional do Executivo²⁸, alcançando o Estado sua versão mais clássica de arquitetura institucional. Inspirado pela liberdade política dos escritos de Montesquieu (1689-1755)²⁹, a organização política de uma nação é dividida em modelo tripartite, de natureza juspolítica com funções independentes e harmônicas entre si – *le pouvoir arrête le pouvoir*³⁰ –, em que: **(i)** em um primeiro plano, o poder de governo – expressão interna da soberania nacional – é um poder de decisão executiva, que passa do gabinete à execução de suas próprias decisões, mediante a atividade de seus próprios agentes (serviços administrativos, força pública e força militar). É entre a decisão executiva que é criada, dispensada de autorização de justiça prévia, e o comando de execução, que se encontra o elemento imperativo do direito do Estado; trata-se do **Executivo**³¹; **(ii)** o poder deliberante ou deliberativo, modo de ser deste poder, reside em uma assembleia, composta de representantes do povo e tomada de autoridade pública. Ao contrário do Executivo, referido corpo decisório não é um órgão adaptado à ação governamental cotidianamente realizável. Ao contrário, embora não se limite à função de fazer a lei, no Estado Moderno, esta é sua função principal. Faz-se alusão ao **Legislativo**³²; **(iii)** de pouco em pouco, o poder de julgar, sempre primordial para sociedade nacional, se isolou da política, ao contrário dos dois anteriores. Não é por acaso. Uma vez que o idealismo moral é insuficiente, a institucionalização da independência do Judiciário, para além de um imperativo constitucional absoluto, é a *conditio sine qua non* para liberdade³³; finalmente, refere-se ao **Judiciário**³⁴.

A crise do executivismo clássico montesquieniano chega com a Revolução Industrial ocorrida na segunda metade do Século XIX. A nova realidade sócio-política em solo britânico, com ascensão da burguesia ao poder e a disponibilidade de todos elementos fundamentais para industrialização da economia (matéria-prima e mão-de-obra) fez eclodir

²⁸ Ato do Estabelecimento de 1701.

²⁹ É, em especial, o Livro XI, do *Espírito das Leis*, que desenha e fundamenta, sob a perspectiva orgânica dos fins e funções do Estado, o modelo tripartite.

³⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. y estudio sobre la obra por Alfredo Callego Anabitarte. 2. ed. Colección Demos. Biblioteca de Ciencia política. Barcelona: Ariel, 1976, p. 55.

³¹ Como se percebe, até esta fase, cumulava-se, nas atribuições constitucionais do Executivo, as funções de governo e administração.

³² HAORIOU, Maurice. **Précis élémentaire de droit constitutionnelle**. 2 ed. Paris: Recueil Sirey, 1929. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5042662/f4.image>>. Acesso em: 21 abr. 2018. p. 121-123; 166-169.

³³ Nesse sentido são as próprias palavras de Montesquieu, para quem “*Il n’y a point encore de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d’un oppresseur (E.L. XI, 6)*”. (GOYARD-FABRE, Simone. **Montesquieu ou la Constitution de la liberté**. Collection Philo-philosophes. Paris: Ellipses, 1997, p. 44) (Grifou-se).

³⁴ GOYARD-FABRE, Simone. **Montesquieu ou la Constitution de la liberté**. Collection Philo-philosophes. Paris: Ellipses, 1997, p. 45.

uma profusão de interesses conflitantes, exigindo do Estado, na figura do Rei (*pouvoir neutre*), inviolável, sem tino e habilidade para o exercício da política do dia, respostas capazes de garantir a harmonização da diversidade. A solução racional foi a delegação do exercício – e com ela os ônus consequentes – do poder real a uma função estatal autônoma e responsável perante os representantes do povo: tem lugar a tetrapartição de poderes com a função governamental moderna (*pouvoir ministériel*)³⁵³⁶.

O debutar do longo Século XX³⁷ trouxe, como nunca antes na História, mudanças radicais nas perspectivas sociais, políticas e econômicas do mundo. Os Estados, a exemplo da primeira República alemã com a Constituição de Weimar (1919)³⁸ (arts. 129 e 130), viram-se diante, a um só tempo, do legado dos méritos do liberalismo, provedor de prosperidade econômica, com os reclamos de uma ação pública voltada à mitigação da desigualdade e atingimento da Justiça Social. No seio desse desafio, foi identificada, visando a tutelar um interesse público maior do que as rinhas político-ideológicas rasas, a imprescindibilidade de especialização da materialidade da função, desvinculada do governo propriamente dito. Refere-se ao conjunto de órgãos administrativos, imparciais e profissionalizados, isto é, a uma função administrativa em sentido estrito³⁹. É a legitimidade racional legal da burocracia administrativa, alinhada e supervisionada pela diretriz da política governamental, que garante a proteção – isenta, imparcial e impessoal – da execução da ordem jurídica não eclipsada por anseios político-ideológicos⁴⁰.

³⁵ Definitivamente, foi o *Reform Act*, de 1832, conhecida também como a Grande Reforma, que, ao modernizar o sistema eleitoral britânico, conseguiu garantir a efetiva blindagem da eleição do gabinete ministerial pelo eleitorado da influência monárquica.

³⁶ Atribui-se a Benjamin Constant (1767-1830) a propriedade da investigação científica, especialmente na Inglaterra, a respeito deste processo emancipatório do Chefe de Governo, sendo exatamente este, segundo ele, o fundamento juspolítico que diferencia a monarquia absolutista da racionalidade da monarquia constitucional. (CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle**. avec un introd. et des notes par M. Edouard Laboulaye. 2. ed. Tome premier. Paris: Librairie de Guillaumin et C., 1872. p. 18-29).

³⁷ ARRIGHI, Giovanni. **O longo século XX: poder, dinheiro e as origens de nosso tempo**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto. São Paulo: UNESP, 1996.

³⁸ Sobre a relevância e ineditismo histórico do documento, acompanhado pela Constituição mexicana de 1917, cf. artigo de Maria Cláudia Bucchianeri Pineiro (PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pineiro%20Maria.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2018.).

³⁹ A respeito da demarcação dos limites de competência entre as 3 (três) funções do Executivo e a urgência de sua implementação institucional, é imprescindível a leitura das lições em: TORRES, João Camilo de Oliveira. **A Democracia Coroada: Teoria política de Império do Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. Coleção João Camilo de Oliveira Torres. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/36281>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

⁴⁰ É o que o clássico sociólogo alemão, Max Weber, sintetizou, relativamente às características da atividade do burocrata administrativo: *sine ira et studio* (“sem ódio e favor”) (WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de

O fim da II Guerra Mundial na metade do século XX, com a derrota definitiva do Eixo na capitulação nipônica (02.09.1945), assinada a bordo do *Missouri*, na Baía de Tóquio, foi o fim de um pesadelo que saturou o mundo de medos, horrores e dramas em todas as perspectivas do ser humano que costumam a cicatrizar ainda hoje. Embora com experiências antes desse momento⁴¹, é a partir do final da última guerra sistêmica vivida pela humanidade que se chegou ao consenso da tutela de um constitucionalismo de valores mínimos sem os quais a sociedade nacional colapsaria⁴² e, para tanto, havia de ser criado, entre os poderes políticos, um órgão exclusivamente dedicado à fiscalização ao respeito aos valores últimos, o Tribunal Constitucional⁴³. Surge a última e a sexta função do Estado, exatamente onde subjaz ponto fundamental da presente investigação científica.

Radicado em boa parte da Europa Ocidental – e, desde 2009, inclusive na ilha britânica⁴⁴ –, a criação kelseniana, ainda que com alguns matizes específicos das demandas de cada sociedade nacional, foi o órgão legítimo criado para salvaguardar a supremacia da Constituição. Afinal, ao longo do Século XX, “a arbitragem do jogo político tornou-se extremamente complexa. As questões constitucionais tornaram-se muito técnicas e a legitimidade de suas decisões mais exigentes”⁴⁵, de tal sorte que se tornou imperativo dedicar o Tribunal Constitucional, com independência, equilíbrio, parcimônia e caráter apolítico, ao complexo exercício de controle de constitucionalidade. É decorrência lógica e inafastável dessa noção que jamais pode ser confundida sua natureza ou sua função precípua, advertência feita, desde a origem, por razões próprias do debate da época, pelo próprio mentor⁴⁶.

Este lento e gradual *iter* evolutivo da conformação morfológica do Estado, como dito inicialmente, foi objeto de larga reflexão de autores da contemporaneidade, que, partindo de

Gabriel Cohn. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 529-543). Também, a reflexão atualizada do tema - e suas consequências nefastas para o Estado brasileiro - está bem desenhada em REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 67-71.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 564.

⁴² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, n. 3, p. 7-18, set. 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50230>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

⁴³ BACHOF, Otto. Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Coyoacan, a. 19, n. 57, p. 837-852, set./dez. 1986.

⁴⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 143-157.

⁴⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 124.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. introd., rev. técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 239-298.

alicerces teóricos clássicos⁴⁷, intuíram a identificação, com clareza, de 3 (três) níveis horizontais da ordem juspolítica do Estado⁴⁸, graduados segundo a natureza dos valores tutelados por cada função, seccionada verticalmente em 2 (duas) facetas: a Política e o Direito⁴⁹.

Primeiro, em relação a esse sistema bifronte estatal⁵⁰, o tema é ponto chave, encontrando reverberação na melhor doutrina⁵¹. De um lado, com precedência⁵², está a existencialidade do domínio do campo político, de natural dinamismo e irracionalidade, e, de outro, a normatividade de razão ética do campo jurídico, estático e racional, relativo aos fins e funções do Estado⁵³. Não ter bastante claro os limites fronteiriços desses campos⁵⁴ gera

⁴⁷ Colhe-se do escólio do estagirita Aristóteles, pai da Ciência Política, as 3 (três) diferentes categorias de usos da razão que dirige a ação do humano. Faz-se alusão (i) à razão teórica (*episteme* ou conhecimento), própria da busca da verdade e dos princípios da ciência e da filosofia; (ii) à razão prática (*phronesis* ou prudência), que é a busca da excelência, do bem agir, atrelada aos juízos éticos e políticos e, finalmente, (iii) à razão técnica (*techné* ou técnica), tutora da eficiência e do bem fazer, que se ocupa das regras e diretrizes metodológicas visando a resultados (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 559).

⁴⁸ Vale dizer, não é apenas na vida pública do Estado que esta compreensão também encontra respaldo. Em paralelo, na seara privada, esta compreensão também espelha a realidade, bastando examinar a crescente racionalização da governança corporativa (Conselho de Administração, CEO e administradores de unidade). Igualmente, a ideia também consta da própria teologia com a Santíssima Trindade (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. (informação oral). **Aulas de Direito do Estado no PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. 1º semestre de 2016).

⁴⁹ Esta noção da arquitetura institucional do Estado em tempos contemporâneos, depurada, como visto, lentamente pela experiência histórica, evidencia o total anacronismo do Estado brasileiro, que, ao se conformar no ostracismo da tripartição clássica desde o interlúdio da República em 1889, sentença o caos e merece pronta reforma. A crítica, que parece irrefutável, ora vai subscrita na íntegra, destacando-se a cumulação nefasta de 3 (três) funções políticas do Estado no Executivo e a inexistência de um verdadeiro Tribunal Constitucional que, na perspectiva jurídica, deve dedicar-se exclusivamente à tutela dos valores últimos da sociedade. Por todos, cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 564-565; e, com algumas ressalvas de ordem prática, FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Por um Tribunal Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 143-152, jul./set. 1997.

⁵⁰ Sobre a intersecção entre Política e Direito e seus os desdobramentos, cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 20. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 232-237.

⁵¹ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. reimpr. 6. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2015. p. 208 ss.

⁵² REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

⁵³ GARCIA, Pedro de Vega. Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución. **Revista de Estudios Políticos**, La Rioja, n. 7, p. 93-118, 1979. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427316.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

⁵⁴ MacIlwain também explica em seus escritos as diferenças dos campos da Política e do Direito. (MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2145/McIlwain_7850_LFeBk.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017. p. 71; 77-78).

consequências fatais⁵⁵ para finalidade precípua do estado de atingimento do bem comum.

Segundo, em relação aos diferentes níveis de funções do Estado, entre outras formas de pensamento, extrai-se de Loewenstein a ideia de releitura da dinâmica do poder, a partir da classificação tripartite de *policy control*, de *policy determination* e de *policy execution*⁵⁶, em que à primeira cabe zelar pelos valores últimos da sociedade, garantindo unidade e concórdia, à segunda cumpre exercer as funções deliberativas do Estado, traçando objetivos governamentais, e a última corresponde às funções executivas *lato sensu*, de ordem técnica, perene e imparcial.

O corolário da compreensão da morfologia dos poderes com a verticalização da arquitetura estatal acima vista é o retrato da hexapartição de poderes.

2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A TUTELA DE VALORES ÚLTIMOS

O pressuposto fundamental inafastável do Estado de Direito⁵⁷ é a supremacia do

⁵⁵ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

⁵⁶ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. y estudio sobre la obra por Alfredo Callego Anabitarte. 2. ed. Colección Demos. Biblioteca de Ciencia política. Barcelona: Ariel, 1976. p. 55 ss.

⁵⁷ A concretização do Estado de Direito (*Rule of Law*) na modernidade, após os clássicos antecedentes históricos do constitucionalismo - entre os quais têm lugar privilegiado a Magna Carta (1215) e o Bill of Rights (1689), seguidos e consolidados, já no constitucionalismo moderno, pela Constituição norte-americana (1787) e a Constituição francesa (1791) -, trouxe nova conformação política à sociedade. De fato, a arbitrariedade do soberano chegou a tal ponto de degradação humana que impôs a busca por uma solução institucional mais justa. Não podendo retroceder ao Estado de Natureza e sua irracionalidade (cf. HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosana D'Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 136-140), restou ao Homem unir esforços e agir de comum acordo, alienando-se parte da liberdade individual em prol de uma associação que defenda os interesses públicos, promova o bem comum e assegure a conservação da liberdade e propriedade de cada cidadão (cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 34-35). Está-se a se referir ao Estado Moderno. Na dimensão do Estado de Direito que ora nos interessa - o império da Lei e dos costumes do país perante a discricionariedade do poder real (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 93-94), originariamente, tem a Lei proeminência. Estado de Direito é criação do liberalismo. Para a doutrina clássica, retrata a ideia cartesiana de que o Direito é a lei (norma geral e abstrata) a todos imposta. Assim, registre-se, o princípio da legalidade, aplicável em tantas searas do direito contemporâneo, ao lado da segurança jurídica, é expressão máxima do axioma aqui tutelado. Por isso, é voz corrente a noção de que o Estado de Direito é aquele assentado no **império da lei**, ou seja, aquele que se submete e consagra o princípio da legalidade. Entretanto, essa ideia clássica, puramente formal e abstrata, não diz o suficiente para demonstrar sua real completude. Percebeu-se que essa noção formalista finda por gerar um reducionismo perigoso, porquanto a questão dependa da própria concepção que se tem sobre o conceito de Direito. É cediço que há registros na história de Estados que, nessa linha, sob o pretexto de cumprir estritamente a lei e com isso garantir igualdade e Justiça, fizeram valer seus objetivos eminentemente totalitários, como são os casos do nazismo e do fascismo (cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 114-118). Nesse quadro, mais do que a mera e formal submissão à Lei, exigiu-se do Estado conformidade com o Direito e a sua universalidade, que, embora tenha na Lei fonte fundamental, ao menos na tradição romano-germânica, está longe de se esgotar na mera adstrição à legalidade.

Direito⁵⁸. A consequência lógica do caráter de suprallegalidade das constituições escritas, tutoras dos aspectos considerados mais eminentes do Direito Constitucional – a organização e a contenção do poder do Estado⁵⁹ – reside na formulação conceitual básica do controle de constitucionalidade⁶⁰: leis e outros atos do Poder Público devem respeitar a constituição, não apenas na sua literalidade, mas principalmente no seu espírito⁶¹.

No passado, cioso da possibilidade de mitigação seu poder, arguía-se, a partir da legitimidade democrática do Parlamento, razões jurídicas e políticas a embasar o exercício ilimitado da atividade legislativa e a ausência de legitimidade por outro órgão para realizar o controle de constitucionalidade⁶². Essa compreensão a respeito da soberania parlamentar, nada obstante, como se sabe, não é a melhor resposta e hoje está amplamente superada.

Do mesmo modo que se viu em relação à separação dos fins e funções do Estado, quanto à teoria do ordenamento jurídico⁶³, identifica-se a segmentação de diferentes níveis de perspectiva. Teologicamente, o *topoi* foi dado pelos clássicos, partindo-se do silogismo da razão prática, que, aplicada ao Direito, leva à seguinte planificação:

O ordenamento jurídico pode e deve ser olhado teologicamente. Em nível mais elevado e abstrato estão os valores jurídicos, o verdadeiro *telos* do direito, o direito enquanto valores fundamentais do convívio sócio-político. Em nível intermediário dá-se o processo deliberativo; a sociedade, mediante instituições políticas, inspirada nos valores jurídicos fundamentais, interpretados segundo linhas ideológicas historicamente situadas, extrai, dialogalmente, frente às situações concretas da vida, decisões que fixam normas gerais que haverão de regular a vida na *polis*. Em nível

Esta é a razão da necessidade de aprimoramento do conceito ocorrida ao longo do Século XX. Sobre o tema, a doutrina é farta. Por todos, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 114.

⁵⁸ Repare-se que, modernamente, a doutrina constitucionalista mudou a perspectiva e efetivou mudança de enunciado linguístico argumentativo. Quer dizer, se no passado a retórica da defesa da ordem constitucional tinha por escopo garantir a pura e simples defesa do Estado, hoje prefere-se justificar a proteção da Constituição como garantia de proteção do Estado, **na forma em que este é normativo-constitucionalmente conformado**. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 887).

⁵⁹ FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Por um Tribunal Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 143-152, jul./set. 1997.

⁶⁰ Cf. MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre o controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 140, p. 267-278, out./dez. 1998. p. 268; GARCIA, Pedro de Vega. Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución. **Revista de Estudios Políticos**, La Rioja, n. 7, p. 93-118, 1979. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427316.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

⁶¹ HAORIOU, Maurice. **Précis élémentaire de droit constitutionnel**. 2 ed. Paris: Recueil Sirey, 1929. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5042662/f4.image>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

⁶² BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/941/879>>. Acesso em: 21 set. 2017. p. 46; LÔBO, Paulo Luiz Netto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990. p. 40.

⁶³ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Téc. Cláudio de Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

concreto, os operadores do direito, mormente a administração e o judiciário, agem concretamente na sociedade, prestando serviços e resolvendo conflitos.⁶⁴

Depois, na doutrina alemã, em especial Jellinek, a atividade jurídica do Estado se manifesta em 2 (dois) degraus, sendo o mais alto na produção de regras abstratas e o mais baixo direta e imediatamente em face das demandas a ele subjugadas⁶⁵, sinalizando o próprio autor um possível terceiro grau tutor dos valores supremos da sociedade⁶⁶; em Kelsen, é o estratagema lógico do conhecido escalonamento piramidal das normas jurídicas que faz sobressair o grau hierárquico superior fundamental do Direito Constitucional em relação à normatividade abstrata e genérica do Direito Ordinário em grau primário e a normatividade concreta em grau secundário⁶⁷; em sentido semelhante, ao trabalhar com a ductilidade do Direito na dicotomia entre princípios e regras, também consta o registro da reflexão em Zagrebelsky⁶⁸.

Deflui dessa compreensão que, sob pena de violar as fronteiras das jurisdições⁶⁹, a tutela desses valores mais elevados do ordenamento jurídico – direito axiológico e político – pertence à Jurisdição Constitucional, cuja finalidade precípua é a defesa e o cumprimento da Constituição⁷⁰, com as consequências daí decorrentes.

Diante, pois, desta demanda estatal de controle dos valores últimos, identificada pela Jurisdição Constitucional⁷¹, exurgiram dois modelos clássicos de controle de

⁶⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, n. 3, p. 7-18, set. 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50230>>. Acesso em: 11 jun. 2018. p. 10-11.

⁶⁵ JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000. Cap. 18.

⁶⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, n. 3, p. 7-18, set. 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50230>>. Acesso em: 11 jun. 2018. p. 8.

⁶⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. **Positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 31-65.

⁶⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derecho y justicia**. Madrid: Trott, 1997. p. 111 ss.

⁶⁹ GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e o Código de Processo Civil: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 23; TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43, n. 171, p. 19-47, jul./set. 2006. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%C3%A9.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14.12.2018.

⁷⁰ TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43, n. 171, p. 19-47, jul./set. 2006. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%C3%A9.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14.12.2018.

⁷¹ Na perspectiva funcional dos poderes políticos, deixa-se uma reflexão. É inobjektável que a supremacia da Jurisdição Constitucional, à luz do desenho institucional estabelecido, desenvolve uma função materialmente política (última instância), instrumentalmente jurisdicional e formalmente legislativa. Tradicionalmente, sempre se perfilhou o entendimento em favor da consolidação de um dito modelo juriscêntrico, outorgando-lhe a última palavra no que concerne ao respeito do controle dos fins últimos do Estado Democrático de Direito. Mas, avançando no raciocínio, empiricamente, a *quaestio juris* que se coloca é sobre o tema dos limites da eficácia

constitucionalidade⁷², que ora se passa a discriminar.

subjetiva dada pelo efeito *erga omnes* na declaração de constitucionalidade (art. 102, § 2º da Constituição da República). No atual contexto político-institucional, mais complexo, desafiador e amadurecido, é bem verdade que **esta pode não ser necessariamente uma compreensão absoluta**. Todo sistema razoavelmente funcional atribui competências individuais próprias aos órgãos, sem descuidar da necessária comunicabilidade entre estes. Com a separação dos Poderes políticos não é diferente. Sucede que a aplicação ortodoxa da supremacia da jurisdição constitucional pode sentenciar o total tolhimento da autonomia pública dos cidadãos, manifestada no espaço de liberdade de conformação do legislador no processo legislativo ordinário ou enquanto constituinte reformador, o que finda, em última análise, no indesejado efeito da fossilização da Constituição. Cabe perquirir, pois, acerca de um dos desdobramentos aplicados da separação dos fins e funções do Estado, o **ponto ótimo de equilíbrio entre estes órgãos** que alicerçam o Estado Democrático de Direito. A resposta, ao que parece, pode ser solucionada pela aplicação casuística de um critério, o do respeito ao **núcleo fundante da inconstitucionalidade declarada**. É dizer: encerrada a rodada procedimental com a declaração de inconstitucionalidade realizada na Jurisdição Constitucional, à exceção da hipótese no país recorrente de mero revanchismo pessoal ou político, por vezes, subsiste margem ou mesmo vontade popular para revitalização da matéria no âmbito do Legislativo. Isto é, de certa maneira, em alguns casos, a declaração de inconstitucionalidade pode vir a suscitar um *input*, a ostentar a condição de um verdadeiro catalisador deliberativo do processo legislativo. Nesses matizes, é forçoso concluir pela existência, na verdade, de um movimento pendular da dinâmica dialógica entre os órgãos políticos do Estado. Oportunamente, 2 (dois) casos já foram examinados pelo STF versando exatamente sobre o tema que vem sendo alcunhado de superação legislativa, cuja leitura se recomenda: (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4430. Requerente: Partido Humanista da Solidariedade. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 jun. 2012. DJe 19 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4430%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4430%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a4z8jqm>>. Acesso em: 25 jul. 2017.; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5105. Requerente: Solidariedade. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 01 out. 2015. DJe 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5105%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5105%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/poewblt>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

⁷¹ Tal como ocorre no Brasil, referida violação é deletéria ao bom funcionamento do controle de constitucionalidade e, em última instância, ao atingimento do bem comum pelo Estado, identificando-se ao menos 6 (seis) consequências graves, a saber: (i) criação de regras *ex post facto*; (ii) criação de regras desiguais; (iii) avaliações ideológicas da constitucionalidade; (iv) uso indevido dos princípios constitucionais; (v) intromissão indevida no mérito administrativo; (vi) mutações constitucionais desprovidas de limites claros (GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e o Código de Processo Civil**: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 55-63 e REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 100-107).

⁷² A bem da verdade, a melhor doutrina constitucionalista refere hoje a existência de 4 (quatro) modelos em vigência no mundo. Além dos 2 (dois) modelos clássicos a serem apresentados, há um modelo misto – é o caso brasileiro – que funde elementos de concentração e difusão e o mais recente, bem representado pelo protagonismo revigorado da ilha britânica. Para os fins da presente investigação científica, entretanto, é suficiente a abordagem nos moldes mais conservadores a partir dos modelos clássicos.

2.3 SOBRE O MODELO DE ESTRUTURA CUMULADA-DESCENTRALIZADA-MONISTA⁷³

Não há maneira melhor de compreender os dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade do que os cotejando sob três critérios conjugados e bastante objetivos, quais sejam, (1) a subjetividade ou organicidade, ou seja, a perscrutação da titularidade para realização do controle; (2) a modalidade da forma, ou seja, como se operacionalizam cada um dos sistemas; e, não menos importante, (3) a natureza das decisões de controle de constitucionalidade, incluída, nesse tópico, sua eficácia temporal. Na sequência, então, investigam-se esses critérios quando aplicados aos modelos.

Não é por acaso que se costuma associar o modelo cumulado-descentralizado-monista⁷⁴ ao *common law* norteamericano⁷⁵. De fato, essa nação, além de ter sido protagonista na introdução do controle judicial de constitucionalidade das leis⁷⁶, é, como se verá, a

⁷³ O nominalismo (atitude filosófica defendida por *Ockham* na Idade Média, segundo a qual termos consagrados pelo uso comum são usados como se contivessem significados bastantes em si mesmos, prontos e acabados, independentes dos fatos da vida, sem qualquer preocupação de identificação de categorias na realidade, subestimando-se o real em detrimento do ideal), muitas vezes, traduz verdadeiro preciosismo estéril. A investigação, no mais das vezes, confere relevância maior ao *nomen iuris* do que ao próprio instituto jurídico, relegando a plano do periférico o núcleo duro do estudo científico e dogmático (REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 07). Essa realidade não é diferente no estudo do controle de constitucionalidade brasileiro. É relevante se questionar sobre a adoção da nomenclatura consolidada no Brasil (modelos concentrado e difuso), uma vez que, ante a possível letargia dos estudiosos do Direito Constitucional, possa ter se dado por obra da doutrina processual, a qual, como é natural, catalogou o fenômeno do controle de constitucionalidade segundo seu próprio *equipamento mental* e categorias, dilema teórico, aliás, bem esmiuçado no seu domínio científico pelo cânone da historiografia de Oxford, Quentin Skinner (SKINNER, Quentin. Significado y comprensión en la historia de las ideas. **Prismas – Revista de historia intelectual**, Bernal, n. 4, p. 149-191, 2000. p. 152). Embora se reconheça a inegável contribuição para o estudo, talvez não se tenha atentado para questões propriamente constitucionais, prestigiando questões formais em detrimento do conteúdo constitucional em jogo. Tradicionalmente, como se verá a seguir, convencionou-se afirmar que o Brasil adota um modelo misto de controle de constitucionalidade, cumulando, a um só tempo, o dogma da lei inconstitucional com a paulatina introdução de técnicas do modelo praticado em grande parte da Europa continental. Por isso, para fins didáticos – ainda que ciente que toda eleição contém certa arbitrariedade – neste trabalho, toma-se emprestado a nomenclatura adotada pelo constitucionalista espanhol Ferreres Comella (FERRERES COMELLA, Victor. **Justicia constitucional y democracia**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.), a qual, na nossa opinião, que subscreve a posição do Prof. Carlos Eduardo Reverbel e melhor representa os dois modelos de controle de constitucionalidade. Vide também GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e o Código de Processo Civil**: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 19-20.

⁷⁴ A nomenclatura do modelo ora em exame aponta exatamente para as características fundamentais desse controle de constitucionalidade, em que há cumulação das jurisdições ordinária e constitucional e pulverização orgânica e descentralizada do exercício do controle de constitucionalidade.

⁷⁵ O fundamento constitucional para garantia do controle de constitucionalidade norteamericano está contido no art. 3º da Constituição daquele país.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. reimpr. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 67-68.

expressão empírica máxima do modelo em exame⁷⁷.

A tradição do *common law*, manifestada desde o início do século XVII tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência⁷⁸, conhece o problema e a relevância do controle de atos estatais⁷⁹. Mesmo tendo presente que, na Inglaterra, a doutrina de Coke tenha cedido espaço à *supremacy of the parliament* com a Revolução Gloriosa de 1688⁸⁰, seria inadequado reafirmar que, ao contrário da experiência da Revolução Francesa de 1789, a supremacia do parlamento inglês amordaçou o Judiciário e que a ideia de respeito à *ratio descidendi* de Coke tenha desaparecido. Ao contrário, no pragmatismo britânico⁸¹, legisladores e juízes uniram esforços em favor da contenção do poder real do monarca pelo respeito ao *common law*, e a doutrina Coke, ao migrar para o continente americano, semeou as bases teóricas do *judicial review* e da

⁷⁷ Acompanhada, posteriormente, por várias outras nações, ora introduzindo pela jurisprudência (Canadá, África do Sul, Grécia, Austrália e Romênia), ora introduzido através de posituação constitucional expressa, como é o caso de Portugal (1911 e 1913), Irlanda (1937), Japão (1946) e o próprio Brasil em 1891 (BARBI, Celso Agrícola. Evolução do contrôlo da constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/941/879>>. Acesso em: 21 set. 2017. p. 49).

⁷⁸ Ao menos no conhecido e interessante **Dr. Bonham's case**, decidido na *Court of Common Pleas* na Inglaterra em 1610 pelo *Sir Edward Coke*, a doutrina identifica a matriz embrionária do *judicial review of legislation*, uma vez que lá restou assentada a consideração de que a supremacia legislativa do Parlamento não é ilimitada e está subordinada ao direito superior da *common law* (UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS. The Founder's constitution. **Dr. Bonham's case, 8 co. rep. 107a, 114a C.P. 1610**. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html>. Acesso em: 06 ago. 2017.).

⁷⁹ MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2145/McIlwain_7850_LFeBk.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017. p. 84-114).

⁸⁰ Na verdade, a Revolução Gloriosa (1688-1689) é o último capítulo do gradual processo revolucionário das lutas que derrubaram o absolutismo inglês. Sucede, assim, nesta ordem, a Guerra Civil (1642-1648), o Regime Republicano (1649-1659) e a Restauração monárquica (1660-1688). Conforme anota o historiador Gilberto Cotrim, “temendo a volta do absolutismo, a maioria do parlamento decidiu tirar do poder o rei Jaime II. Para isso, estabeleceu um acordo com o príncipe holandês Guilherme de Orange (casado com Maria Stuart, filha de Jaime II), que assumiria o trono inglês com a condição de que respeitasse os poderes do parlamento. A luta entre as forças de Guilherme de Orange e as tropas de Jaime II ficou conhecida como Revolução Gloriosa (1688-1689), que culminou com a derrota do monarca inglês. Com o título de Guilherme III, Orange assumiu o trono britânico. Teve, entretanto, de assinar a Declaração de Direitos (Bill of Rights), na qual o parlamento limitava seus poderes em vários aspectos. (...) Estabelecia-se, assim, a superioridade da lei sobre a vontade do rei: era o fim do absolutismo. Após a Revolução Gloriosa, instalou-se a monarquia parlamentar na Inglaterra. Para sintetizar a situação do monarca no país, tornou-se costume, na época, dizer que ‘o rei reina mas não governa’” (COTRIM, Gilberto. **História global, Brasil e geral**. v. un. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 262-263) (Grifou-se).

⁸¹ Ninguém nega o papel histórico vanguardista da Inglaterra nos avanços institucionais na separação das funções políticas do Estado. Nada obstante, a partir da segunda metade do Século XX, entre outros fatores, o apego histórico a uma constituição não escrita e a resistência à formalização do poder constituinte recrudesceram algumas dificuldades de ordem prática e sistemática em seu *common law*, inclusive perante seus cidadãos e a União Europeia, o que levou, após gradual processo evolutivo, ao *Reform Act* de 2005 (em vigor desde 2009) e à aproximação ao modelo de controle de constitucionalidade praticado na Europa continental com a criação da *United Kingdom Supreme Court* (para mais informações sobre o Tribunal, acesse: INGLATERRA. United Kingdom Supreme Court. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/index.html>. Acesso em: 03 set. 2017.). Sobre este processo do protagonismo inglês revigorado, cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. cap. 8.

*supremacy of the judiciary*⁸².

Sucedeu que os Estados Unidos da América, à época dividido em 13 (treze) colônias inglesas, mantinha-se sob o pálio da supremacia do parlamento inglês mediante a regulação contida em Cartas. Em que pese o dissenso sobre a natureza constitucional dessas Cartas, pode-se afirmar que a sua outorga garantia a supremacia do parlamento inglês nas colônias e estabelecia as condições locais e estruturais mínimas de administração e mesmo de sociabilidade. Já em 1776, com a independência das colônias, substituíram-se as referidas Cartas pela promulgação das constituições dos Estados independentes.

Ganhou força, naquele momento, com a tradição judicial já presente de cotejo entre os atos legislativos locais produzidos e as antigas Cartas, a atividade judicial de controle das leis. E aqui reside ponto interessante: é de se reconhecer, curiosamente, que está na *supremacy of the parliament* britânica o nascedouro do *judicial review of the constitutionality of legislation* norte-americano⁸³. Nos ensaios da revolução norte-americana de independência, que culminaram com o surgimento da Constituição de 1787, alicerçada nos problemas históricos e teóricos outrora experimentados, já se tinha presente a imprescindibilidade da supremacia do texto constitucional, o que se traduziu na positivação de direitos de matriz eminentemente fundamentais (as liberdades negativas do Estado) e na consagração da separação bem definida das funções – e de suas competências – do Estado. Dessa maneira, embora não decorra diretamente da Constituição, a supremacia do judiciário, aliada à inerente necessidade de coerência, uniformidade e segurança da confederação, “apostaram na potencialidade lógica do texto da Constituição para fazer brotar, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o poder judicial de revisão da constitucionalidade das leis”^{84,85}.

E, como já se referiu anteriormente, ainda que se possa considerar a fundamentalidade do *iter* evolutivo já narrado e a existência prévia do controle de constitucionalidade, do ponto de vista histórico⁸⁶, um dos primeiros e mais relevante caso que forneceu precedentes ao exame de constitucionalidade judicial da ordem vigente, principiando o controle do

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 913-926.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. reimpr. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 57.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 926-927.

⁸⁵ Esta ideia foi bem retratada por Hamilton no *Federalist n. 78*, para quem é dever da Corte Suprema “declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição (...). Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à constituição, não pode ter validade”.

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. reimpr. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 27-28.

constitucionalismo moderno, na forma que hoje se conhece, remonta ao paradigmático e sempre citado julgamento *Marbury v. Madison* (1803)⁸⁷, ocorrido nos Estados Unidos.

Nessa oportunidade, a controvérsia girou em torno da análise, por parte da *Supreme Court*, sobre a inconstitucionalidade da lei de Reorganização do Judiciário Federal (*Circuit Court Act*), de 13.02.1801. É que – ciente de sua provável derrota nas eleições, para os republicanos partidários de Thomas Jefferson, a serem realizadas no final de 1800 – o presidente John Adams, no final de seu governo, como detinha a maioria no Congresso, articulou-se com o Legislativo, com vistas ao fortalecimento do Judiciário frente aos demais poderes, que teriam então menor influência. Com a referida lei, Adams findou por reduzir o número de ministros da Suprema Corte, impedindo novas nomeações canceladas por Jefferson e criando novos cargos para juiz federal. Adicionalmente, foi aprovada uma nova lei (*Organic Act of the District of Columbia*) que autorizou a nomeação de quarenta e dois novos juízes de paz. Sucede que, assinados por Adams, os atos de investiduras dos novos juízes de paz, ficou a cargo de John Marshall (seu secretário de estado e futuro *Chief of Justice* da Suprema Corte) o ônus de distribuir as nomeações. Mas, frente à exiguidade de tempo para cumprir essa ordem, Marshall não conseguiu efetivamente entregar todas as nomeações antes do término do governo federalista, havendo restado alguns que não tomaram posse. Entre eles, encontrava-se William Marbury, que se viu obrigado a aforar ação judicial para postular sua posse no cargo, dando origem ao paradigmático caso *Marbury v. Madison*⁸⁸. Prevaleceu, na ocasião, o entendimento empreendido pelo *Chief of Justice*, John Marshall, segundo o qual descabia o cumprimento de leis inconstitucionais, tal qual a que criara os novos cargos de juiz de paz. Em suas razões⁸⁹, que primaram pela supremacia conferida à Constituição, sustentou a nulidade de lei que a contrarie. Além disso, ratificou a posição do Judiciário como último intérprete da Constituição⁹⁰.

⁸⁷ Para consulta dos detalhes do caso, acesse: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Marbury v. Madison**, 5 U.S (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, abr.jun., 1990, p. 41.

⁸⁹ Consta do voto de Marshall o seguinte: “Ou a Constituição é a lei suprema, inalterável por meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e, como outros atos, é alterável quando agrada à legislatura. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, um ato legislativo, contrário à Constituição, não é lei (*is not law*); se a última parte é verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder, por sua própria natureza ilimitável” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do Ato Inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 217-236, out./dez. 2002, p. 219).

⁹⁰ Superada a consagração da supremacia da Constituição, subsistiu o complexo tema da titularidade da defesa desta. Sobre o tema, merece atenção especial a clássica polêmica entre o professor de direito público na *Berliner Handelshochschule*, o alemão Carl Schmitt (SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Labor,

Merece registro que essa alcunhada “doutrina Marshall” fez escola em solo estadunidense, sendo acompanhada por outros importantes juristas, entre eles Cooley, Kent e Black. Foi-se, ao longo dos anos, consolidando, nas palavras do *Justice Field*, em 1886, a consideração de que “um ato inconstitucional não é uma lei; não confere direitos; não impõe obrigações; não proporciona proteção; não cria funções; é, na contemplação legal, tão inoperante como se nunca tivesse sido aprovado”⁹¹.

No contexto brasileiro, é impossível não citar, entre outros, o protagonismo do baiano Rui Barbosa⁹² no processo de importação, subscrição e difusão desse modelo para experiência jurídica e constitucional nacional, o que, segundo a crítica especializada⁹³, fundou verdadeira tradição, desde a República Velha, referendada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)⁹⁴, da aplicação do modelo cumulado-descentralizado-monista⁹⁵⁹⁶. De seu escólio, colhe-se a lição lapidar segundo a qual “toda medida legislativa, ou executiva, que desprezar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula. Atos nulos da legislatura não

1931) e Hans Kelsen (KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995) e, mais atualmente, as contribuições reflexivas de Peter Haberle (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997).

⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **NORTON v. SHELBY COUNTRY**, 118, U.S. 425, 1886. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/425/>>. Acesso em: 21 set. 2017.

⁹² O polímata brasileiro de renome internacional tem contribuição acadêmica, jurídica e política inestimável ao país. Para mais informações sobre o seu legado, visite o site eletrônico da Fundação Casa de Rui Barbosa, disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/interna.php?ID_S=332>, acesso em: 06 ago. 2017. Neste particular, entretanto, não está isento de críticas, entre outras razões, pelas naturais limitações dos transplantes jurídicos ou dos perigos das importações livres e acrílicas ou desconfiguradas. A propósito da estrutura deste importante debate no cenário da América Latina, vide as reflexões do colombiano Daniel Bonilla Maldonado (BONILLA MALDONADO, Daniel. *Teoría del derecho y transplantes jurídicos: la estructura del debate*. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (org.). **Teoría del derecho y transplantes jurídicos**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Univ. de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009. p. 11-35. Disponível em: <<http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/03/dos-libros.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.); e, especificamente sobre o transplante do *judicial review* para então República brasileira em 1890, cf. GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e o Código de Processo Civil: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 24-25.

⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do Ato Inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 217-236, out./dez. 2002. p. 219.

⁹⁴ Cf. voto do min. Xavier de Albuquerque na Representação n. 933 (“As normas serão tidas por inconstitucionais, com o que não haverão constituído direitos de nenhuma espécie com base nelas. Se atos administrativos houverem sido praticados, poderão ser desfeitos, porque fundados em lei declarada inconstitucional”) e o julgado no Recurso Extraordinário n. 35.370, no Recurso do Mandado de Segurança n. 17.976 e nos embargos do Recurso Extraordinário n. 60.733.

⁹⁵ Na verdade, na perspectiva de política externa brasileira, o processo de importação do modelo norteamericano representa mais um exemplo empírico de quebra da tradição imperial e aproximação kantiana com o americanismo propagado com o movimento republicano, que ganha força desde o Manifesto Republicano de 1970 (“**Somos da América e queremos ser americanos**”), subscrito pelo jornalista Quintino Bocaiúva (1836-1912), e que culmina na proclamação da República em 15 de novembro de 1889 sob a presidência do Marechal Deodoro da Fonseca (1827-1892).

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis – o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses- das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 21, p. 27-40, 1998. p. 27.

podem conferir poderes válidos ao executivo”⁹⁷.

Nessa perspectiva dogmática, uma vez reconhecida a supremacia da Constituição em detrimento das leis ordinárias, maturou-se, ao longo do tempo, que, em caso de inconstitucionalidade, outra solução não haveria senão a de que a contrariedade (formal ou material) da legislação à Constituição se tratava de um vício *ab initio*, originário dos atos legislativos, que deviam, pois, serem reputados, de pronto, como nulos e írritos (*null and void*). Tal compreensão, por decorrência lógica, imbricou-se com a natureza meramente declaratória da decisão de inconstitucionalidade, operando efeito temporal *ex tunc*. Afinal, em tese, em sendo natimorta, a lei declarada inconstitucional sequer passou a compor o arcabouço legislativo e dela não se podem extrair direitos, nem se imporem deveres⁹⁸.

Em relação ao critério subjetivo ou orgânico, há de se ter muita cautela neste particular. O tema precisa ser detidamente examinado, merecendo reflexão menos apressada do que geralmente ocorre, uma vez que o *judicial review*⁹⁹ possui várias limitações constitucionais, bem como sofre constante maturação temporal.

Nos Estado Unidos, o *judicial review*, a partir do requisito do *case or controversy*, só pode surgir no curso de uma demanda judicial individualmente estabelecida, aforada por titular consolidado em precedentes, sendo ônus do interessado demonstrar o afastamento do pálio de presunção de constitucionalidade que recai sobre atos normativos federais ou estaduais. Ainda, desde 1925¹⁰⁰, a *Supreme Court*¹⁰¹ detém controle discricionário de sua pauta de julgamentos, o que a permite, para fins de cumprimento de seu mister de uniformização e segundo parâmetros já bem sedimentados (corte de vértice), selar casos com

⁹⁷ BARBOSA, Rui. **Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo**. Rio de Janeiro: Cia. Impressora, 1893. p. 47. (Grifou-se)

⁹⁸ Oportunamente, em sede de controle difuso de constitucionalidade na realidade brasileira, sempre convém sublinhar mais um dos problemas práticos de sua aplicação no país, que diz com a vetusta controvérsia acerca da natureza vinculante ou discricionária do Senado no uso do art. 52, X da CF. Cf. BROSSARD, Paulo. O senado e as leis inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr.jun. 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181304>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

⁹⁹ Esse modelo de controle passou a ser adotado em várias outras nações, como é o caso de Portugal em 1911 e 1913, Irlanda em 1937 e Japão em 1946 (BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/941/879>>. Acesso em: 21 set. 2017. p. 49).

¹⁰⁰ GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e o Código de Processo Civil**: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 65.

¹⁰¹ Tantos e tantos são os precedentes relevantes decididos pela *Supreme Court* que sua planificação demandaria, por certo, investigação acadêmica individualizada. Elege-se aqui, para fins de referência e a título meramente exemplificativo, o caso célebre de Rosa Parks e o boicote ao transporte coletivo em Montgomery (*Browder v. Gayle*, 142 F. Supp. 707, (1956)) e o do escândalo do Watergate (*United States v. Nixon* (1974)).

o *writ of certiorari* para conhecer e julgar os casos selecionados¹⁰².

A difusão sempre associada a esse modelo de controle de constitucionalidade refere-se à faculdade que todo e qualquer juízo (federal ou estadual) tem de exercitar o exame de constitucionalidade incidentalmente à relação *inter partes*¹⁰³, independente do grau da jurisdição, cabendo à *Supreme Court*, em grau recursal, ser o *último árbitro*¹⁰⁴ nas questões de controvérsia constitucional, bem como instituir as famosas *stare decisis*¹⁰⁵, com isso vinculando, via de regra¹⁰⁶, a reprodução e a aplicação descentralizada da decisão paradigma do órgão de cúpula do Judiciário¹⁰⁷.

2.4 SOBRE O MODELO DE ESTRUTURA SEPARADA-CENTRALIZADA-DUALISTA

O fenômeno do controle de constitucionalidade assumiu diferentes formas no mundo

¹⁰² É esta prerrogativa, aliás, que garante à *Supreme Court*, paulatinamente, a condição de órgão exclusivo de jurisdição constitucional (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 932-933).

¹⁰³ A bem da verdade, nem sempre o controle de constitucionalidade norteamericano se dá de forma concreta. Há situações em que, a fim de preservar unidade do Direito e, portanto, prestigiar a segurança jurídica, o Governo pode, abstratamente, recorrer à última instância, toda vez que juízes ordinários deixarem de aplicar uma lei por reputá-la contrária à Constituição (REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 96).

¹⁰⁴ ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, p. 159-185, jan./mar. 2004. p. 162 ss.

¹⁰⁵ Sobre as características mais fundamentais do *stare decisis* atualmente, cf. artigo de WILSON, James G. **Taking Stare Decisis Seriously: A Cautionary Tale for a Progressive Supreme Court**, 10 *Journal Jurisprudence* 327 (2011). Disponível em: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/fac_articles/248/>. Acesso em: 16 nov. 2018; e GERHARDT, Michael J. **The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory**. Faculty Publications. Paper 980. 1991. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/73971830.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018. p. 76-87.

¹⁰⁶ Em tempo e em favor do que ora se defende nesta dissertação, cumpre registrar que a própria *common law* norteamericana, ao longo do tempo, premida pela impossibilidade fática do restabelecimento do *status quo* em casos mais complicados, passou a temperar a aplicação inflexível do dogma da nulidade da lei inconstitucional. Cronologicamente, está-se a fazer referência aos precedentes *Chicot Country Drainage District v. Baxter State Bank*, *United States v. Realty Co.*, *Linkletter v. Walker* e *Stovall v. Denno* (LÔBO, Paulo Luiz Netto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990. p. 43; 51; ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do Ato Inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 217-236, out./dez. 2002. p. 220; SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis – o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 21, p. 27-40, 1998. p. 33).

¹⁰⁷ Apesar de tecnicamente não haver a revogação formal da lei declarada inconstitucional pela *Supreme Court*, sendo seu efeito *inter partes*, por força do *stare decisis* e seu efeito *erga omnes*, a Administração Pública e seus prepostos tacitamente passam a correr risco substancial em caso de manutenção da aplicação da lei declarada inconstitucional, sujeitando-se a ações civis de caráter indenizatório e, se provada má-fé, ao pagamento de honorários advocatícios (ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, p. 159-185, jan./mar. 2004. p. 164).

ocidental. Em sentido adverso do anterior, o modelo separado-centralizado-dualista¹⁰⁸ possui raízes histórico-jurídicas distintas daquelas já referidas.

Foi no contexto das revoluções liberais do século XVIII que se passou a acreditar na possibilidade de o Direito, instrumentalizado pela Constituição, regular e limitar o Estado e a vida política. À guisa de ilustração, cita-se o clássico exemplo francês.

A devastação e o castigo advindo da arbitrariedade e do despotismo do soberano¹⁰⁹ levaram os idealizadores da Revolução Francesa de 1789¹¹⁰ a acreditarem na imprescindibilidade de contenção do poder¹¹¹ pela instituição do governo das leis. Abrasados de espírito nacionalista, militaram em favor da defesa do Estado limitado mediante a separação de seus fins e funções (visão tripartite). Em especial, a desconfiança em relação ao Rei e à magistratura por ele nomeada – que, por isso, após o movimento revolucionário, se limitava ao mero exercício mecânico de subsunção da legislação ao caso (*la bouche de la loi*) –, representou a consagração do Parlamento como o representante fiel e legítimo do povo, capaz de agir em conformidade com a vontade geral. É bem verdade, não obstante, que, à época, a compreensão de Constituição ainda era bastante atrelada a seu viés político e, nessa medida, vulnerável, pois não prescindia da necessidade de complacência política para ver garantida sua eficácia. Essa noção de Constituição enquanto sobredireito, como todo e qualquer processo evolutivo, foi sendo lenta e progressivamente maturada¹¹².

Apenas mais adiante, já no seio da Europa continental do século XX, é que se passa a questionar o estabelecimento da rigidez e da supremacia constitucionais. A resposta, como se sabe, foi a criação do Tribunal Constitucional¹¹³. Seu mentor foi Hans Kelsen (1881-1970),

¹⁰⁸ Neste item 2.4, a nomenclatura indica, como se verá, que, no modelo em referência, há separação das jurisdições ordinária e constitucional, bem como o exercício do controle está protagonizado exclusivamente por um único órgão, ao contrário do modelo anterior (item 2.3).

¹⁰⁹ Sobre a realidade e as aspirações da época daqueles que não compunham os estamentos do Clero e da nobreza, vide o clássico: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état**. 3. ed. Paris: Éditions du Boucher, 2002.

¹¹⁰ Entre os quais, influenciados pelo pai da teoria política liberal dos Séculos XVII e XVIII, o inglês John Locke, não podem ser deixados de ser referenciados Voltaire (1694-1778), Rousseau (1712-1778) e Montesquieu (1689-1755). Ainda sobre o tema, mais tarde, Robespierre (1758-1794) exerce protagonismo na consolidação da revolução e, portanto, da República.

¹¹¹ Importa destacar, sobre o absolutismo, a figura emblemática de Louis XIV, a personificação máxima do *anciên régime*, bem como Louis XVI, casado com Maria Antonieta, estes últimos guilhotinados após tentativa de fuga do país com a deflagração e o acirramento da Revolução.

¹¹² GARCIA, Pedro de Vega. Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución. **Revista de Estudios Políticos**, La Rioja, n. 7, p. 93-118, 1979. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427316.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

¹¹³ Entre as variadas formas do exercício do controle de constitucionalidade, o famoso catedrático da UFMG, Celso Agrícola Barbi, embora não decida expressamente entre o órgão jurisdicional máximo ou o Tribunal Constitucional, expõe claramente a racionalidade e vantagens do controle concentrado em apenas um órgão, que se entende que deve ser o Tribunal Constitucional. Em suas palavras: “As vantagens desse sistema são grandes, pois localiza-se em um único Tribunal a discussão sobre a lei, especializam-se seus juízes na técnica

mestre da Escola de Viena. Disso decorre a almejada depuração do direito enquanto ciência autônoma tal como é configurada na Teoria Pura do Direito¹¹⁴. Já na Constituição Austríaca de 1920¹¹⁵, projetada pelo jurista austríaco a pedido do Governo e reformada em 1929¹¹⁶, essa nova compreensão aparece com a instituição do *Verfassungsgerichtshof*. Entretanto, em razão do recrudescimento do totalitarismo da época, é apenas no resplendor do segundo pós-Guerra, em um espaço público cioso do passado, liderado pela Constituição Alemã de 1949 da República de Weimar¹¹⁷ e pela Constituição Italiana de 1948, que o constitucionalismo moderno retoma e a instituição do Tribunal Constitucional, enfim, triunfa¹¹⁸.

Esse Tribunal tem por meta fundamentar a preservação, a um só tempo, de um lado,

constitucional, resolve-se o assunto em um único julgado e elimina-se a lei elaborada com inobservância da Constituição. Como consequência, ou como exigência desses fatores, há necessidade de que o órgão portador de tão alta missão seja apenas um e determinado pela própria Constituição” (BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/941/879>>. Acesso em: 21 set. 2017. p. 47). (Grifou-se)

¹¹⁴ Esta teoria positivista jurídico-estatal, que hoje é base para a compreensão do direito como ciência dogmática autônoma, liga-se “ao empirismo lógico, no empenho pelo conhecimento racional e a ética da pureza metódica” (p. 43), segundo a qual, “numa consideração intrassistemática, pode-se atribuir a cada norma jurídica válida outra norma, que fundamenta sua validade – a validade da sentença judicial, a autorização do juiz, por meio da lei, a validade da lei, a autorização do Parlamento, através da Constituição (...). Essa interação contínua de relações de validade atinge, entretanto, um limite. Este reside onde, sem autorização jurídica, uma pessoa ou um grupo de pessoas toma o poder – de maneira típica, como através de uma revolução ou golpe de Estado – e convoca, por exemplo, um conselho ou assembleia constituinte. Se se pretende interpretar, como sistema válido de normas, um sistema de ordens, que se tornou efetivo, ter-se-á de supor, então, que o primeiro ato – puramente fático – se apóia numa autorização. Essa suposição é a norma fundamental” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do Direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39). Cf., também: SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. 10 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126-129.

¹¹⁵ Seguida, também, pela antiga Tchecoslováquia em 1920, pela Itália em 1947 e parcialmente pela Alemanha em 1949 (BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/941/879>>. Acesso em: 21 set. 2017. p. 48)

¹¹⁶ A título de registro, essa mesma constituição, na reforma de 1925, estabeleceu controle preventivo desse órgão de natureza jurisdicional (art. 138), pretendendo identificar inconstitucionalidade congênita, evitando-se, assim, desde logo, a publicação de leis seladas com a pecha de inconstitucionalidade (BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/941/879>>. Acesso em: 21 set. 2017. p. 47).

¹¹⁷ BACHOF, Otto. **Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política**. Versión castellana por León Cortinas-Pelaez, de la Conferencia pronunciada en agosto de 1979 en Universidad Nacional Autónoma de México (División de Ciencias Jurídicas de la ENEP “Acatlán”) y en la Universidad de Guanajuato (Escuela de Derecho), que renueva totalmente la del mismo tema y traductor publicada en Universitat (Stuttgart, ed. Espanola, IV, pp. 125-140, 1966) y en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1967, tomo XVIII, pp. 245-262). p. 837.

¹¹⁸ BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/941/879>>. Acesso em: 21 set. 2017. p. 48.

dos valores constitucionais mínimos, transcendentais e inconciliáveis (v.g liberdade, a dignidade da pessoa humana, justiça, igualdade, segurança, ordem e progresso) e, de outro, do pluralismo político, mediante o exercício da Jurisdição Constitucional¹¹⁹, atribuída a um órgão apartado do Judiciário e exclusivamente dedicado ao exame, em abstrato, dos efeitos gerais da compatibilidade das leis com a Constituição. Os motivos que levam à compreensão dessa Instituição são bastante claros e inteligentes, não sendo preciso especial perspicácia para entendê-los: não pode a função de controle restar atribuída ao Chefe de Estado¹²⁰, pois, quando eleito, não está isenta de alta pressão político-partidária, bem como se trata de uma única pessoa não operadora do Direito a ser responsável pelo tirocínio do ofício constitucional; tampouco pode ser atribuída ao Governo ou ao Legislativo, dada a sua inegável parcialidade no julgamento, e menos ainda à sobrecarregada e de natureza qualitativa diversa da atividade eminentemente de subsunção, a jurisdição ordinária. Assim, a solução encontrada foi a instituição do Tribunal Constitucional¹²¹. De forma judiciária, mas de natureza material política-institucional¹²², atuando no plano abstrato da norma (jurisdição constitucional) e decidindo de forma geral e uniforme¹²³, por isso, garantindo a essencialidade da segurança jurídica catalisadora de qualquer país que se pretenda civilizado, o Tribunal Constitucional¹²⁴, instrumento mais evoluído da jurisdição constitucional, tornou-se o único

¹¹⁹ Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. introd., rev. técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹²⁰ Em favor do controle de constitucionalidade nas mãos do Chefe de Estado, como já referido, vide SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Labor, 1931.

¹²¹ Sobre a autonomização de suas funções e suas tipologias, cf. TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43, n. 171, p. 19-47, jul./set. 2006. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavarez%20Andr%C3%A9.pdf?sequence=1>>.

Acesso em: 14.12.2018.

¹²² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 122.

¹²³ BACHOF, Otto. **Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política**. Versión castellana por León Cortinas-Pelaez, de la Conferencia pronunciada en agosto de 1979 en Universidad Nacional Autónoma de México (División de Ciencias Jurídicas de la ENEP "Acatlán") y en la Universidad de Guanajuato (Escuela de Derecho), que renueva totalmente la del mismo tema y traductor publicada en Universitas (Stuttgart, ed. Espanola, IV, pp. 125-140, 1966) y en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1967, tomo XVIII, pp. 245-262). p. 841-842.

¹²⁴ A título ilustrativo, na França, o *Conseil Constitutionnelle* é o órgão responsável, entre outras competências variadas (ex. contencioso eleitoral e de referendo, consultiva do Chefe de Estado no caso do art. 16 da Constituição de 1958) pelo controle de constitucionalidade. Composto por 9 (nove) membros, nomeados pelo Presidente da República e o Presidente de cada uma das assembleias do Parlamento (Senado e Assembleia Nacional), exerce o controle tradicionalmente *a priori* (antes da publicação da lei) (BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/941/879>>. Acesso em: 21 set. 2017. p. 47), mas, desde a Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008, passou a exercê-lo também *a posteriori* via *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC). Para mais informações sobre composição, missão

órgão capaz de concentrar exclusivamente o controle de constitucionalidade e, com isso, garantir a supremacia do Direito Constitucional por meio da mediação das tensões e conflitos políticos, zelando pelos valores últimos do Estado, e, por conseguinte, do regime democrático e do convívio sociopolítico¹²⁵.

Decorre dessa sistemática o dogma de que neste modelo, ao contrário do anterior, “a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto que inconstitucional”¹²⁶. Fundamenta-se essa posição na consideração prudente de que, em muitas situações, o plano dos fatos impõe uma força normativa ao julgador¹²⁷, que não pode simplesmente refutá-lo em favor de mera e inócua retórica jurídica desconectada da vida real, sob pena de dar margem a sérias injustiças, à grave insegurança jurídica¹²⁸¹²⁹ ou a males maiores que a vigência transitória de uma lei constitucional¹³⁰. Kelsen advogou em favor da inexistência de atos nulos (um nada jurídico) no mundo jurídico, afirmando que o ato jurídico se trata de “*un ato jurídico y [como tal] produce um efeito jurídico*”¹³¹, ainda que eivado de algum vício¹³². Nessa perspectiva, cabe falar apenas em eventuais anulabilidades, a serem devidamente graduadas a partir do vício observado no caso concreto. Com base nisso, reputa-se, nesse modelo, validade e eficácia ao ato inconstitucional até a sua efetiva decretação de inconstitucionalidade, chancelada pelo Tribunal Constitucional. Originariamente e com

constitucional, procedimentos e organização, acesse: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html>>.

Acesso em 03 set. 2017.

¹²⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1991. p. 195-196.

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. reimpr. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 116.

¹²⁷ Essa lógica jurídica, diga-se, permeia todo o sistema jurídico, não sendo exclusividade do tema de modelos de controle de constitucionalidade. Na seara das contratações públicas, por exemplo, a mesma ideia está contida no preceito do art. 59, parágrafo único da Lei n. 8.666/93.

¹²⁸ BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 148.

¹²⁹ LÓBO, Paulo Luiz Netto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990. p. 45.

¹³⁰ BACHOF, Otto. **Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política**. Versión castellana por León Cortinas-Pelaez, de la Conferencia pronunciada en agosto de 1979 en Universidad Nacional Autónoma de México (División de Ciencias Jurídicas de la ENEP “Acatlán”) y en la Universidad de Guanajuato (Escuela de Derecho), que renueva totalmente la del mismo tema y traductor publicada en Universitas (Stuttgart, ed. Espanola, IV, pp. 125-140, 1966) y en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1967, tomo XVIII, pp. 245-262). p. 848.

¹³¹ Para fins de clareza do que estava a defender, Kelsen aplicou à tese da anulabilidade o mito grego do Rei Midas, ponderando, *in litteris*: “*así como todo aquello que tocaba el rey Midas se convertía en oro, todo aquello a lo cual el derecho se refiere se convierte em derecho, es decir, em algo que tiene existência jurídica*” (KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979. p. 191) (Grifou-se).

¹³² LÓBO, Paulo Luiz Netto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990. p. 42-43.

proficiência, filiou-se a essa tese, o gaúcho min. Leitão de Abreu¹³³.

Ainda, alijada está a competência da jurisdição ordinária, mesmo em caráter incidental, responsável pela aplicação e interpretação da norma, para tratar do controle de constitucionalidade¹³⁴.

Vale dizer, finalmente, que, embora não seja problema novo, recentemente a complexidade das demandas submetidas ao Judiciário obrigou ao alargamento do rol de legitimados para provocação da jurisdição constitucional, incluindo-se aí, em alguns sistemas jurídico-constitucionais estrangeiros, os próprios juízes ordinários que, a partir de provocação, diante de compreensão individual e casuística de inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso concreto, detêm outorga constitucional para sobrestar o processo e encaminhá-lo ao Tribunal Constitucional competente para exame incidental da controvérsia constitucional e, no retorno, aplicar o entendimento delineado. Este é o caso, por exemplo, da recente *question prioritaire de constitutionnalité* francesa¹³⁵ (arts. 61-1 e 62 da Constituição de 1958). Mesmo assim, como se vê, ainda que reformulado o aspecto modal, por obediência à segurança jurídica, preservada resta sempre a competência exclusiva final da Jurisdição Constitucional¹³⁶ para exercer o controle de constitucionalidade.

3 A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS: A TÉCNICA

Repassadas as noções pressupostas indispensáveis ao exame de mérito da modulação de efeito temporal das declarações de constitucionalidade no Brasil, adentra-se, então, ao tema propriamente dito na forma que segue, perpassando a problemática da natureza do

¹³³ Vide o percuciente voto do Ministro no Recurso Extraordinário n. 79.343. Na doutrina, até então minoritária, a defesa da natureza constitutiva da decisão de inconstitucionalidade era capitaneada pelo magistral alagoano Pontes de Miranda (1892-1979). Cf. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**, Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 615-626.

¹³⁴ Cf. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 93-107.

¹³⁵ Sobre a evolução do controle de constitucionalidade na França, especialmente a partir da Constituição de 1958, cf. didático artigo do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa (GOMES, Joaquim B. Barbosa. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 40, n. 158, p. 97-125, abr./jun. 2003. p. 97-125).

¹³⁶ Das lições do direito comparado sobre o Tribunal Constitucional na América Latina, cf. interessante e esclarecedor artigo dedicado especificamente à experiência na região Andina: PRAELI, Francisco Eguiguren. Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa. **Revista Derecho PUCP**, San Miguel, n. 53, p. 7-64, 2000. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6554/6639>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

instituto, os critérios materiais e formais para sua adoção até a construção de exegese de delimitação de sentido dos requisitos materiais estatuídos no sistema de controle de constitucionalidade para aplicação prática.

3.1 A PROBLEMÁTICA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS: ENTRE POLITICIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

O exame dos limites entre o jurídico e o político na Jurisdição Constitucional não é exercício sempre fácil¹³⁷, às vezes, com contornos objetivamente nebulosos e até criticáveis sob a perspectiva democrática¹³⁸. Afinal, saber afirmar, com segurança, se o núcleo duro do controle de constitucionalidade está sendo respeitado, isto é, se o juiz constitucional, diante de seu mister, a um só tempo, respeita a primazia política parlamentar e tutela sua competência jurídica de controle dos valores últimos consagrados pela Constituição (*judicial self-restraint*) é tarefa hercúlea. Com relação à modulação de efeitos temporais¹³⁹, que é nada mais do que um verdadeiro corolário do controle e tem seu fundamento, a exemplo dos vários casos concretos (vide cap. 4 adiante), na própria lógica constitucional imperativa de segurança jurídica ou outros valores constitucionais, não é diferente.

De qualquer forma, desde já, em nenhuma hipótese, deve se distanciar da diretriz traçada por Hesse ao versar sobre a realização da Constituição e aplicável por extensão à

¹³⁷ BACHOF, Otto. **Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política**. Versión castellana por León Cortinas-Pelaez, de la Conferencia pronunciada en agosto de 1979 en Universidad Nacional Autónoma de México (División de Ciencias Jurídicas de la ENEP “Acatlán”) y en la Universidad de Guanajuato (Escuela de Derecho), que renueva totalmente la del mismo tema y traductor publicada en Universitas (Stuttgart, ed. Espanola, IV, pp. 125-140, 1966) y en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1967, tomo XVIII, pp. 245-262). p. 842 ss; FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Por um Tribunal Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 143-152, jul./set. 1997. p. 148.

¹³⁸ WALUCHOW, W. J. **A common law theory of judicial review**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 04 ss; CLÈVE, Clemerson Merlin. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 179, p. 141-154, jul./set. 2008. p. 142 ss; e MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais: separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

¹³⁹ Como bem afirma o especialista em Direito Público da FGV e egresso da UERJ, Fernando Leal, preliminarmente, dois pontos são cruciais para reflexão acerca da modulação de efeitos temporais nas decisões no controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam, (i) a ciência do caráter excepcional da modulação, determinando ao julgador um pesado ônus argumentativo a ser superado para fundamentar a sua aplicação, considerando, expressamente, todos os cenários possíveis em prol de um estado de constitucionalidade; e (ii) invariavelmente, a real compreensão acerca das consequências das decisões a serem tomadas (LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 818-843, 2017. p. 827.)

complexidade da modulação de efeitos temporais nas decisões de inconstitucionalidade. Em suas palavras,

Isso não significa que na vida da coletividade não possa haver realidade que esteja em contradição com a Constituição ou que tal realidade deva ser considerada como insignificante. **O importante é, antes, exatamente dirigir a atenção para ela e fazer aquilo que é necessário para impedir o nascimento da realidade inconstitucional ou para pôr a realidade novamente em concordância com a Constituição.** A consideração e argumentação jurídica, que está vinculada à normatividade da Constituição carece, por conseguinte, do complemento por considerações *político-constitucionais* que visa a isto, conservar ou criar essa concordância, produzir os pressupostos de realização regular da Constituição, ou, então, modificar a Constituição.¹⁴⁰

Já se disse ao longo da exposição que, no Direito brasileiro, relativamente ao controle concentrado de constitucionalidade, é voz corrente a afirmação da regra dos efeitos *ex tunc* de declaração de inconstitucionalidade, retroagindo-se à data de origem do ato viciado, impondo a cessação imediata de sua observância e produzindo a eficácia *erga omnes* e vinculante para todos os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como para Administração Pública, direta e indireta, de todos os níveis federativos (art. 102, § 2º da CF).

Avançando, a questão, entretanto, passa a ganhar complexidade no desdobramento deste estágio primeiro de mérito da declaração de inconstitucionalidade, momento que a teoria vai de encontro com a prática da realidade fática. Em que pese a alegada eficácia declaratória das decisões de inconstitucionalidade, como já visto, não se discute que o ato estatal sobre o qual se controverteu a constitucionalidade gerou efeitos no mundo real, de tal sorte que a selar, pura e simplesmente, o efeito *ex tunc*, nos mais variados casos, seria capaz de um estado ainda mais inconstitucional de coisas, em depreciação da própria atividade nobiliárquica do controle de constitucionalidade. É nesse cenário que se projetou a faculdade da modulação de efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, harmonizando o STF, quando do exercício de jurisdição constitucional ou legislador negativo¹⁴¹, o sentido da inconstitucionalidade de suas decisões com seus efeitos daí advindos.

Na experiência e construção do controle de constitucionalidade do país, inegavelmente

¹⁴⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 52. (Grifou-se)

¹⁴¹ ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional**. Dissertação de mestrado. 2000. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

influenciada pelo Direito Comparado¹⁴², a faculdade foi disciplinada em lei¹⁴³. Estabelecem o art. 27 da Lei n. 9.868/99 e art. 11 da Lei n. 9.882/99, *in litteris*, respectivamente, o seguinte:

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

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e **tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, **por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.** (Grifou-se)

Objetivamente, assim, no plano material, 2 (dois) são os fundamentos autorizadores

¹⁴² A respeito dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, várias referências estrangeiras podem ser lembradas (MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 571-605; SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis – o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses- das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 21, p. 27-40, 1998. p. 30-33), a fim de evidenciar, modernamente, inclusive na tradição norteamericana, a forte tendência de universalização de alternativas legislativas ou jurisprudenciais ao dogma da nulidade de lei inconstitucional. Assim, ilustrativamente, cita-se: no Direito Austríaco, vide art. 139, § 6º e art. 140, §§ 5º e 7º, 2º e 3º períodos da Constituição; na Espanha, vide art. 116.1, 'a' da Constituição, Sentença 45.1989 e STC 13.92.17; em Portugal, vide art. 282 (4) da Constituição vigente (1976); na Alemanha, vide o *Appellentscheidung* (apelo ao legislador), a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (§ 31, (2), 2º e 3º períodos da Lei do *Bundesverfassungsgericht*), que ganha relevo nas hipóteses de violação à isonomia, de omissão legislativa, de defesa da liberdade de conformação do legislador e a natural preocupação acerca das consequências jurídicas da declaração de nulidade; no Direito Comunitário, o tema vem disciplinado pelo art. 174, n. 2 do Tratado de Roma; na França, a reforma constitucional n. 724, ocorrida em 2008, acrescentou, além do tradicional controle preventivo já exercido pelo *Conseil Constitutionnelle*, o controle repressivo, bem como a possibilidade de modulação de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade (vide arts. 61-1 e 62 da Constituição de 1958); na Itália, vide art. 136 da Constituição; sem falar no gradual e progressivo temperamento da nulidade de lei inconstitucional no *common law* norteamericano já citado.

¹⁴³ Como visto, embora antes da promulgação Constituição Federal já houvesse discussões jurisprudenciais e doutrinárias a respeito dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, o texto do art. 27 da Lei n. 9.868/99, capitaneado pelos juristas Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra e Gilmar Mendes, é resultado do Projeto de Lei n. 2.960/97, cuja exposição de motivos, neste tópico, arguiu o seguinte: "(...) Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado "in concreto" se a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional." (Grifou-se)

individuais – segurança jurídica e excepcional interesse social – para aplicação da modulação e, no plano formal, o atingimento do quórum de dois terços (2/3) (art. 22 Lei n. 9.868/99)¹⁴⁴. Ainda, no aspecto temporal¹⁴⁵, existe a possibilidade de 4 (quatro) marcos temporais a serem fixados, a saber: (i) restrição da retroação da declaração de inconstitucionalidade (*ex tunc* parcial), termo a ser situado entre a publicação da lei e a sua declaração de inconstitucionalidade; (ii) retroação total desde a publicação da lei impugnada; (iii) a aplicação escorreita da tese da anulabilidade da norma inconstitucional, produzindo efeitos a decisão a partir do seu trânsito em julgado e (iv) hipótese que aqui mais nos interessa (vide estudo de casos no cap. 4)¹⁴⁶, determinação de permanência de vigência de lei declarada inconstitucional por certo período de tempo (diferida ou *pro futuro*).

Desde sua concepção, a previsão da modulação de efeitos temporais no Brasil, constante da Lei n. 9.868/99 (art. 27) e Lei n. 9.882/99 (art. 11), nunca restou incólume às críticas doutrinárias: primeiro, em razão do questionamento da possibilidade da previsão

¹⁴⁴ No controle difuso brasileiro, com o advento do novo Código de Processo Civil (art. 927, § 3º da Lei n. 13.105/15), ampliou-se, ora de forma expressamente prevista, as hipóteses de modulação de efeitos das decisões, erigindo os mesmos requisitos materiais já conhecidos para sua implementação (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1842-1843; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 872-876). No passado, registre-se, desde há muito tempo (ex. RE 560.626, RE 556.664 e RE 197.917), já se praticava a modulação no controle difuso, amparada diretamente da Constituição Federal (MACEDO, Elaine Harzheim; SILVA DANTAS, Ana Cecília de Moraes e. Modulação de efeitos pro futuro no controle concentrado de constitucionalidade: o caso da ADI 875. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 155-173, jun. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_142.06.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018.). A esse respeito, remete-se o leitor para o constante no voto do Relator, Gilmar Mendes, no ARE 709.212 (p. 12-24). Ainda, para parte da doutrina, outra decorrência importante extraível do dispositivo citado é possível derrogação da necessidade da maioria qualificada no caso de efeitos *ex nunc* das declarações de inconstitucionalidade (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 875-876; GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e o Código de Processo Civil: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 52).

¹⁴⁵ Embora não seja o escopo central desta dissertação, dada a importância político-institucional do tema, faz-se referência quanto à recente alteração da interpretação dos dispositivos constitucionais atinentes ao foro por prerrogativa de função, tomada em sede de controle difuso na **AP 937** (vide Informativo STF n. 900, DJE de 30 de abril a 4 de maio de 2018), modulando os efeitos para as ações cuja instrução já tenha terminado.

¹⁴⁶ Especificamente à modulação *pro futuro* ou diferida brasileira, a inspiração é alemã no *Appellentscheidung* – decisão de apelo ao legislador – que é, nada mais nada menos do que um prognóstico do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) acerca efemeridade da norma ainda constitucional (ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49 ss), convocando o legislador a exercer seu mister constitucional, seja por superveniência de nova conjuntura fático-jurídica, seja em razão de letargia do dever de legislar, conferindo sobrevida à norma inconstitucional até que o legislador discipline a nova conjuntura normativa a ser observada. Este tipo de decisão, que não tem aceitação unânime na doutrina, teve seu ponto de partida no caso do Estatuto do Sarre (*Saarstatut*), de 1954, e utilização dessa nomenclatura expressamente no caso *Rupp v. Brunneck* (1970) (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. até a EC. n. 57 de 2008. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 585).

constar de lei ordinária, e segundo, exatamente em razão da presença, no plano material, de uma inegável indeterminação e porosidade de seus conceitos, tornando bastante difícil circunscrever os reais limites dos modais, de modo que o espaço discricionário, a ser preenchido pelo juiz constitucional, estaria demasiadamente vulnerável a valores eminentemente políticos ou até mesmo arbitrários¹⁴⁷.

Tais críticas, consigne-se, chegaram a tal ponto de recrudescência que subsidiaram a suscitação de inconstitucionalidade do instituto legislativo nos moldes em que positivado¹⁴⁸¹⁴⁹. Arguiu-se, em favor desta suposta inconstitucionalidade, em resumo, entre outros pontos, que a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade rompe com o dogma tradicional brasileiro da nulidade da lei inconstitucional, a legalidade, a isonomia, a separação de poderes e o devido processo, o que malfez, em última análise, a própria supremacia da Constituição e, por decorrência, o edifício do Estado Democrático de Direito.

Há quem divirja desta conclusão pela inconstitucionalidade, especialmente se se lançar mão da interpretação conforme a Constituição¹⁵⁰. Explica-se.

Primeiro, porque, como já referido nesta dissertação, apesar da insistência da doutrina e da jurisprudência brasileiras na tradição da teoria da nulidade da lei inconstitucional¹⁵¹, a verdade é que a Constituição brasileira não a determinou expressamente como dogma inveterado, abrindo espaço legitimador, pois, ao legislador ordinário fazê-lo, distencionando problemas fáticos inarredáveis. Essa discussão, em nível abstrato, refere-se à crise do próprio positivismo e sua utopia perigosa aspirante à asfixia legal plena¹⁵², e as bases da emergência

¹⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do Ato Inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 217-236, out./dez. 2002. p. 235.

¹⁴⁸ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61 ss.

¹⁴⁹ A respeito, esta é a controvérsia debatida no caso das ADINs 2.154 e 2.258, não tendo sido julgadas, no mérito, até a presente data (06 jul. 2018), já tendo o Supremo Tribunal Federal, em outros casos, sinalizado pela constitucionalidade.

¹⁵⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1226-1227.

¹⁵¹ Vide, exemplificativamente, RE n. 78.533-SP (1982) (LÔBO, 1990, p. 44) e Representação n. 971 (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do Ato Inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 217-236, out./dez. 2002. p. 221). Cf., também, MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do STF proferida no RE n. 122.202. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, p. 97-105, 1996. Disponível em: <seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/69739/39286>. Acesso em: 17 dez. 2018.

¹⁵² Não há como negar: a dimensão do Estado de Direito que interessa a esta reflexão (2) tem, originariamente, a Lei como proeminência. O Estado de Direito é uma criação do liberalismo. A concepção cartesiana pensa o Direito como lei (norma geral e abstrata) a todos imposta. Assim, o princípio da legalidade, aplicável em tantas searas do direito administrativo contemporâneo, ao lado da segurança jurídica, é a expressão máxima do axioma aqui tutelado. Por isso, é voz corrente a noção de Estado de Direito como aquele assentado no **império da lei**, ou

do pós-positivismo¹⁵³ no mundo. Segundo, porque todo empreendimento hermenêutico, radicado no Estado Democrático de Direito, deve obedecer a um necessário silogismo jurídico. Decompõe-se a ideia: reconhecida a intransigibilidade da supremacia da Constituição, na verdade, o que se coloca em xeque na faculdade da modulação de efeitos temporais é a ponderação de ao menos 2 (duas) normas constitucionais: a norma violada pela lei maculada pela inconstitucionalidade e outra norma, de igual *status*, que tutela a consolidação das situações fáticas ocorridas durante a vigência da lei inconstitucional. Em outras palavras, atualmente, não se satisfaz a garantia da supremacia da Constituição apenas com o mero cotejo cartesiano entre normas constitucionais e a lei impugnada. É que a complexidade da vida, cada vez mais célere e massificada, demanda, para além da verificação

seja, aquele que não só se submete, mas consagra o princípio da legalidade. Entretanto, essa ideia clássica, puramente formal e abstrata, não diz o suficiente para demonstrar sua real completude. Essa noção formalista do Direito finda por gerar um reducionismo perigoso, dependente da própria concepção que se tem sobre o conceito. São cedidos os registros, na história de Estados, de que, sob o pretexto de se cumprir estritamente a lei e com isso garantir igualdade e justiça, se fizeram valer objetivos eminentemente totalitários, como são os casos do nazismo e do fascismo. Nesse contexto, mais do que a mera e formal submissão à Lei, vem-se exigindo do Estado conformidade com o Direito e a sua universalidade, ou seja, que, embora tenha na Lei fonte fundamental, ao menos na tradição romano germânica, não se esgote na mera adstrição à legalidade (art. 2º, parágrafo único, I da Lei n. 9.784/99) (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 114-118; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 174-249). Aliás, é essa possibilidade de múltiplas interpretações que aponta a necessidade de aprimoramento do conceito, o que vem ocorrendo ao longo dos últimos cem anos, constituindo-se em formulações que, tal como no caso da República Federativa do Brasil, a de Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput* da Constituição da República), superam as anteriores, referentes ao Estado Liberal de Direito e ao Estado Social de Direito. Trata-se da constituição política do Estado sofrendo influxos de conteúdos advindos da democracia. A esse respeito, vale lembrar as reflexões de Lenio Luiz Streck e Jose Luiz Bolzan de Moraes: “Para sintetizar este debate, é possível afirmar que, como contraposição ao modelo absolutista, o modelo liberal se formaliza como Estado de Direito. Este se afasta da simplista formulação de Estado Legal, pois pressupõe não apenas uma regulação jurídico-normativa qualquer, mas uma ordenação calcada em determinados conteúdos. E é neste ponto que as várias possibilidades se produzem. Como liberal, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. (...) Transmutado em social, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecutatório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. (...) Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou promoção da atuação estatal, mas referenda pretensão à transformação do *status quo*. (...) É com a noção de Estado de Direito, contudo, que liberalismo e democracia se interpenetram, permitindo a aparente redução das antíteses econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, principalmente através de uma Constituição onde deve prevalecer o interesse da maioria. Assim, a Constituição é colocada no ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que, enquanto tal, é aceita como poder legítimo. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 114.). Ver reflexões, também, em: SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. 10 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 37-58.

¹⁵³ É bem verdade que nunca os extremos são a melhor resposta. O pós-positivismo também tem seus medos, entre os quais, o de politização do Judiciário. Cf. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, n. 18, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 02 jun. 2017.

de compatibilidade vertical, a atenção especial de cunho consequencial aos efeitos práticos produzidos e consolidados no plano fático na sociedade¹⁵⁴.

Não se negam os fundamentos de tais razões, que nada mais são do que um esforço louvável, pautado pela interpretação conforme, de salvar a primazia da atividade legislativa. Entretanto, verticaliza-se a reflexão, questionando-se fortemente a forma e os critérios para adoção da modulação de efeitos temporais nas decisões de inconstitucionalidade. Parece-nos incontroverso reiterar que grande parte dos problemas do Estado brasileiro, entre os quais está o controle de constitucionalidade, tem sua nascente em uma e apenas uma razão primeira: a inadequada separação dos seus fins e funções. Diagnosticado o problema, premido por pressões multifacetadas do dia, busca-se remédio fácil e simplista com foco nas consequências, eclipsando-se a verdadeira e efetiva causa, o que, em uma espiral viciosa, sentencia a entropia estatal¹⁵⁵.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, a cumulação da Jurisdição Ordinária com a Jurisdição Constitucional caracteriza um desrespeito aos postulados estruturais do Estado Democrático de Direito¹⁵⁶. Delega-se irresponsavelmente, ao final, a Política ao Judiciário, com os perigos daí decorrentes¹⁵⁷, especialmente, à revelia da legitimação democrática, o exercício de verdadeiro legislador positivo. A modulação temporal *pro futuro*, na forma em que prescrita no Brasil, é manifestação concreta do que se afirma. Tem-se lei inconstitucional temporariamente constitucional, forte em autorização constante de lei ordinária¹⁵⁸ e, em alguma medida, em critérios exageradamente vagos. Respeitando-se entendimentos contrários consignados pela doutrina constitucional¹⁵⁹, esta é a realidade que se

¹⁵⁴ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66-67.

¹⁵⁵ Não por acaso, o persa Avicena (980-1037) já dizia em seus escritos, há aproximadamente um milênio, que “O conhecimento de qualquer coisa, dado que todas as coisas tem causas, não é adquirido ou conhecido por completo a menos que seja conhecido por suas causas”.

¹⁵⁶ Cf. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

¹⁵⁷ GARCIA, Pedro de Vega. Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución. **Revista de Estudios Políticos**, La Rioja, n. 7, p. 93-118, 1979. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427316.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

¹⁵⁸ Mesmo antes da entrada em vigor das Leis n.s 9.868/99 e 9.882/99 já constavam referências na doutrina abonando a solução de introdução de disposição expressa constitucional relativa ao temperamento dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. A propósito: SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis – o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses- das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 21, p. 27-40, 1998. p. 39.

¹⁵⁹ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 68-71; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 629 ss.

apresenta.

Logo, à vista desses vetores, embora se reconheça a validade da adoção da exegese conforme à Constituição como tentativa última de conferir validade aos dispositivos legislativos disciplinadores da modulação de efeitos temporais na Jurisdição Constitucional brasileira, impõe-se reconhecer que o tema suscita maior profundidade de análise.

Para os fins desta dissertação, bem grifadas as críticas estruturais acima delineadas, passa-se a dedicar atenção à realidade jurídica da modulação de efeitos temporais na experiência do controle constitucional brasileiro, buscando-se, tanto quanto possível, entender a racionalidade proposta pela legislação.

3.2 DETERMINAÇÃO DE EFEITOS: CRITÉRIOS VALORATIVOS PARA APLICAÇÃO

A questão que se coloca fundamental, objetivamente, é saber se, à luz da proporcionalidade, as consequências gerais da declaração de inconstitucionalidade¹⁶⁰ são ou não excessivas. É dizer:

Impõe-se, para o efeito, ponderação dos diferentes interesses em jogo e, concretamente, o confronto entre interesses afectados pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória.¹⁶¹

Esse é o ponto¹⁶². Isso porque, quanto ao aspecto formal, como referido, relativo ao

¹⁶⁰ Tema que suscita dúvidas diz respeito ao art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 15 e, igualmente, ao art. 535, III, §§ 5º e 8º do novo Código de Processo Civil. Isso porque, no passado, o entendimento aplicável relativamente ao cabimento de ação rescisória obedecia aos ditames da **Súmula n. 343 do STF** e a doutrina da razoável interpretação da norma, prescrita pelo Ministro Teori Zavaski no **RE 590.809** e que também guarda consonância com o **RE 594.892**. Desse modo, há quem suscite a inconstitucionalidade dos dispositivos citados (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 573-576) ou, ao menos, quem demande uma interpretação restritiva que afaste a hipótese de aplicação retroativa, harmonizando as contradições do sistema em favor da segurança jurídica.

¹⁶¹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 703-704.

¹⁶² Em outras palavras, mas na mesma senda, é também a iterativa lição do próprio Supremo Tribunal Federal em vários casos já julgados, (ex. **ADI-QO 4425, AI 474.708-AgR**), merecendo a citação, por todos, das anotações do Ministro Gilmar Mendes, que consigna o seguinte: "(...) fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 tem carácter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados -- segurança jurídica e excepcional interesse social -- revestem-se de base constitucional. (...) o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental,

atingimento do quórum de 2/3 para adoção da modulação de efeitos (art. 27 da Lei n. 9.868/99 e art. 11 da Lei n. 9.882/99)¹⁶³, bem como quanto as possibilidades de marcos temporais, dada a objetividade e clareza de todos elementos envolvidos, não se suscita maiores dúvidas¹⁶⁴. O mesmo já não pode ser afirmado em relação ao nuance material dos requisitos autorizadores da modulação de efeitos temporais, o que enseja, sob pena de desbordar para política ou até para o arbítrio, o exame do léxico de critérios jurídicos disciplinadores passíveis de aplicação para valoração e preenchimento de conteúdo dos conceitos indeterminados em tela.

consagrando a necessidade de um *quorum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados. Terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), em virtude do confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade. No presente caso, o Tribunal tem a oportunidade de aplicar o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 em sua versão mais ampla." (Voto do Min. relator em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 875. Requerentes: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 fev. 2010. DJe 30 abr. 2010.)

¹⁶³ Há vezes em que o óbvio precisa ser dito. Assim, à luz da jurisprudência do próprio STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1040. Embargante: Procurador-Geral da República. Embargado: Congresso Nacional. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 31 maio 2006. DJ 01 set. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281040%2E+OU+1040%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y79dbtw6>>. Acesso em: 15 dez. 2018.), não é demais explicitar que a regra da modulação de efeitos temporais não se aplica aos casos de processos objetivos de controle concentrado em que se pretende a declaração de constitucionalidade, sob pena de possível inversão da presunção de constitucionalidade das leis e atos estatais em geral.

¹⁶⁴ Na prática processual da Jurisdição Constitucional brasileiro, toda vez que o Pretório Excelso não identifica de ofício os reais e efetivos comprometimentos da declaração de inconstitucionalidade, tornou-se corrente o uso dos embargos de declaração, aventados pela parte interessada, para alertar os julgadores acerca da necessidade *in concreto* de temperamento dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Nesse sentido, anotou o Ministro Ayres Britto no ponto: (...) A proposição nuclear, em sede de fiscalização de constitucionalidade, é a da nulidade das leis e demais atos do Poder Público, eventualmente contrários à normatividade constitucional. Todavia, situações há que demandam uma decisão judicial excepcional ou de efeitos limitados ou restritos, porque somente assim é que se preservam princípios constitucionais outros, também revestidos de superlativa importância sistêmica. 2. Quando, no julgamento de mérito dessa ou daquela controvérsia, o STF deixa de se pronunciar acerca da eficácia temporal do julgado, é de se presumir que o Tribunal deu pela ausência de razões de segurança jurídica ou de interesse social. Presunção, porém, que apenas se torna absoluta com o trânsito em julgado da ação direta. O Supremo Tribunal Federal, ao tomar conhecimento, em sede de embargos de declaração (antes, portanto, do trânsito em julgado de sua decisão), de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não deve considerar a mera presunção (ainda relativa) obstáculo intransponível para a preservação da própria unidade material da Constituição. 3. Os embargos de declaração constituem a última fronteira processual apta a impedir que a decisão de inconstitucionalidade com efeito retroativo rasgue nos horizontes do Direito panoramas caóticos, do ângulo dos fatos e relações sociais. Panoramas em que a não salvaguarda do protovalor da segurança jurídica implica ofensa à Constituição ainda maior do que aquela declarada na ação direta. (...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 16 maio. 2012. DJe 28 fev. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>>. Acesso em: 10 nov. 2018.). E, recentemente, o STF, no julgamento da ADI 5617 ED/DF (Informativo 918), ratificou possibilidade de decretação de ofício da modulação dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade.

Pois bem, reconhecida a indeterminação relativa dos dois conceitos¹⁶⁵ – segurança jurídica e excepcional interesse social – um primeiro caminho hermenêutico para atendimento da vontade constitucional, de ordem mais genérica (aplicável inclusive em temas extrajurídicos), é o método tópico. Nele, resumidamente, a decisão a ser tomada leva em consideração todas as perspectivas possíveis, todos os pontos de vista dialogados e relevantes capazes de desempenhar papel definitivo no processo decisório subjacente às aporias jurídicas. A lição, no ponto, só pode ser do próprio jurista alemão, lastreado por proposições aristotélicas, Theodor Viehweg:

O ponto mais importante no exame da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema. (...) Todo problema objetivo e concreto provoca um **jogo de suscitações**, que se denomina tópica ou arte da invenção. Quer dizer, utilizando as palavras de *Zielinski*: ‘a arte de ter presentes em cada situação vital as razões que recomendam e as que desaconselham dar um determinado passo – bem entendido, em ambos sentidos, quer dizer, tanto as razões a favor como as razões contra’.¹⁶⁶

Com efeito, o uso deste método, embora seja importante no primeiro plano, certamente, sozinho, não encerra definitivamente a celeuma, sendo inclusive objeto de críticas¹⁶⁷.

Avançando, na seara do domínio constitucional, especialmente no temário dos direitos

¹⁶⁵ Dado o alto grau de abstratividade dos conceitos jurídicos indeterminados, a noção que melhor esclarece a problemática é a da **metáfora do facho de luz incidente de forma vertical em superfície plana**, bem explicada pelo saudoso administrativista Almiro do Couto e Silva, que professor: “(...) o facho irá produzir um círculo central perfeitamente iluminado e, depois, um halo, uma área periférica em que a luminosidade é menos intensa para, ainda mais além, formar uma zona em que a luz e a sombra se confundem, até que, por fim, só exista a escuridão. **Semelhantemente, nos conceitos jurídicos indeterminados, há um núcleo central de significação nitidamente perceptível, de tal modo que será fácil realizar a subsunção dos fatos que nele se situem. À medida, porém, em que as hipóteses se afastem daquele núcleo, crescerá a dificuldade na realização da subsunção dos fatos no conceito legal, até atingir-se um ponto em que se poderá dizer, com certeza, que a subsunção é impossível, pois os fatos analisados não guardam mais qualquer relação com o conceito.** (...)” (Grifou-se) (COUTO E SILVA, Almiro do. Veiculação de publicidade com infringência eventual ao art. 37, 1 da CF e estatuto das licitações: possibilidade do slogan. **Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre. v. 9, p. 61-84, 1996. Disponível em: http://lproweb.procompa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/revista_9_parte_1.pdf. Acesso em: 22 maio 2018. p. 75).

¹⁶⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. p. 33 ss. (Grifou-se)

¹⁶⁷ Entre elas, geralmente, suscita-se sua inadequação à metodologia jurídica, a inexistência de hierarquia entre os *topoi*, a excessiva abstratidade e generalidade de suas proposições, o que resulta na insuficiência para estabelecer uma lógica jurídica de produção do livre convencimento motivado inerente à *práxis* forense (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163, p. 153-166, jul./set. 2004. p. 162-163; ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 90).

fundamentais¹⁶⁸ e, por conseguinte, com grande repercussão na Jurisdição Constitucional, nas últimas décadas, ganhou força a técnica da ponderação¹⁶⁹, decorrente da famosa lei de colisão de Robert Alexy, como meio instrumental do livre convencimento motivado do processo decisório, uma vez que, em vários casos, ao colidirem direitos, interesses, ou princípios de mesmo quilate, o *status* constitucional (unidade da Constituição), vicejando a insuficiência da tradição do silogismo da subsunção e critérios clássicos para resolver antinomias e lacunas de regras (cronológico, hierárquico e especialidade)¹⁷⁰, impõe-se lançar mão de técnica diversa, na qual se adota medida de prevalência casuística dos direitos, interesses, princípios ou bens jurídicos em jogo¹⁷¹.

Ao diferenciar os critérios de solução entre os conflitos entre normas e os conflitos entre princípios, Alexy pontifica que

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá de ceder. **Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que ele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.** Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. **Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso tem precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões de princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.**

Exemplos de soluções de colisões entre princípios podem ser encontrados nos numerosos sopesamentos de interesses feitos pelo Tribunal Constitucional Federal.¹⁷²

Obviamente, tal ponderação, a fim de elidir o arbítrio ou a indevida politização, deve obedecer a certos critérios para garantir sua validade enquanto método de decisão jurídica, os

¹⁶⁸ A esse respeito e no ponto que aqui nos interessa, remete-se o leitor para as proffcuas lições, colhidas da escola alemã, do Professor Marcelo Schenk Duque (DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 349-405).

¹⁶⁹ Etimologicamente, na semântica jurídica, *ponderar* **significa examinar com atenção e minúcia; avaliar; pesar os prós e contras; refletir** (HOUAISS, Antônio. **Pequeno dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. 1 ed. São Paulo: Moderna, p. 745).

¹⁷⁰ Cf. ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 203, p. 165-183, jul./set. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507411>>. Acesso em: 27 nov. 2018. p. 166-168.

¹⁷¹ Vide comentários pormenorizados da técnica em: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1236-1241.

¹⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 93-94. (Grifou-se)

quais são delineados pela parametrização da proporcionalidade¹⁷³ e seus elementos integradores (finalidade legítima, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)¹⁷⁴.

Mais especificamente no que diz com o tema do controle de constitucionalidade e seus efeitos, a doutrina constitucional brasileira submete a questão, como dito, por meio da ponderação, no caso a ser analisado¹⁷⁵, acerca da prevalência ou não da repugnância da inconstitucionalidade para o sistema jurídico-normativo de determinada lei ou ato do Poder Público em detrimento de outros postulados igualmente constitucionais: prioritariamente e, em larga medida, a segurança jurídica, especialmente no viés subjetivo da proteção da confiança, enquanto argumento pragmático e, não raro, consequencialista e, subsidiariamente, o excepcional interesse social de ordem abrangente e consubstanciado em outro princípio ou interesse constitucional.

Em defesa da técnica, o saudoso Teori Zavaski asseverou o seguinte:

Com efeito, não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*. **Diante dos fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedor de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é seu papel – ponderar bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originalmente ilegítima. Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional. *Mutatis mutandis*, é justamente esse o quadro suposto pelo art. 27 da Lei n. 9.868, de 10.11.99, o de um manifesto conflito entre valores constitucionais de mesma hierarquia: de um lado, a nulidade do ato; de outro**

¹⁷³ Novamente, a lição só pode ser colhida dos apontamentos do Professor Marcelo Schenk Duque, segundo o qual “A ideia transmitida pelo preceito da proporcionalidade é de que a realização de qualquer norma constitucional, independentemente de seu caráter de regra ou de princípio, não pode conduzir à restrição de um direito fundamental que lhe retire aquilo que se considera um grau de eficácia ou eficiência mínimos, que seja capaz de lhe agregar significado no mundo jurídico, à luz de uma situação concreta. (...) Na prática, o preceito da proporcionalidade autoriza restrições em direitos fundamentais somente à medida que se fizer indispensável para a proteção de outros bens jurídicos, vinculando o legislador que estabelece a restrição novamente ao direito fundamental restringindo, assegurando, dessa forma, que também esse direito, no curso de sua restrição permaneça efetivo como princípio jurídico superior. Isso demonstra que o exame da proporcionalidade de uma intervenção em direitos fundamentais exige que essa intervenção se justifique também em consideração do direito fundamental atingido, de modo que essa intervenção seja passível de fundamentação do ponto de vista dos direitos fundamentais” (DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 384 ss). (Grifou-se)

¹⁷⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 394-414.

¹⁷⁵ Ao tratar do tema em questão, Larenz ressalta a sensibilidade do método de ponderação em vista de seu natural casuismo e impossibilidade de fixação de solução prontas predeterminadas, a importância do papel da jurisprudência para maturação do exercício argumentativo e, também, a natureza aberta e porosa dos princípios jurídicos (LARENZ, Karl. **Metodologia de la ciencia del derecho**. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1980. p. 400-410).

o sério comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tendo de dirimi-lo, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera mais relevante na situação em causa, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formados com base em lei que se pressupunha válida, mas que era nula. Isso é julgar, não legislar. O legislador cria normas para disciplinar situações futuras. O supremo, ao aplicar o art. 27 da Lei n. 9.868, 10.11.99, faz juízo de valor sobre fatos já passados.¹⁷⁶

Dada a clarividência das ideias e no mesmo sentido, cita-se lição lapidar anotada pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADI 875/DF (a seguir pormenorizada – item 4.1 e subitens da dissertação), *in litteris*, que bem resume o que ora se pretende expor:

Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que esse princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que, como ocorre no presente caso, a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional.

(...)

Assim, configurada eventual tensão entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução há de ser, igualmente levada a efeito em um processo de complexa ponderação.

O que importa assinalar é que, segundo a interpretação aqui preconizada, **o princípio da nulidade somente há de ser afastado se for possível demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.**

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante.

(...) **Terá significado especial o princípio da proporcionalidade**, especialmente em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito de nulidade), em virtude de confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade.¹⁷⁷

Não é outro o entendimento perfilhado pelo importante constitucionalista Daniel Sarmento, segundo o qual

Beira o truísmo a afirmação de que, no exercício da jurisdição constitucional, não pode o Judiciário desconsiderar os efeitos concretos que suas decisões

¹⁷⁶ ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional**. Dissertação de mestrado. 2000. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000. Disponível em:

<<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 dez. 2018. (Grifou-se)

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 875. Requerentes: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 fev. 2010. DJe 30 abr. 2010. (Grifou-se)

produzem. Como poder político, o Judiciário não pode furtar-se à responsabilidade sobre as consequências dos seus julgados, invocando o mote ultrapassado do *fiat justitia et pereat mundus*.

(...)

Com efeito, é muito distante da realidade a crença de que o labor de interpretação e aplicação da Constituição se esgote num simples processo lógico-substantivo. A natureza aberta e principiológica das normas constitucionais, e o seu acentuado conteúdo político, reclamam, no mais das vezes, valorações por parte do intérprete, onde inevitavelmente considerações de cunho metajurídico acabam aflorando.

(...)

Ocorre que, no exercício do controle de constitucionalidade, surge muitas vezes a necessidade de proteger interesses contrapostos, ambos tutelados constitucionalmente.

(...)

Em casos desta espécie, parece-nos que deve ser concedida certa “margem de manobra” ao Judiciário, para que possa buscar, em vista das peculiaridades da situação concreta, uma solução que acomode, na medida do possível, os interesses em disputa, sem ter de sacrificar integralmente algum deles em detrimento do outro.

Trata-se da aplicação do método da ponderação de interesses, que exige, por parte do operador do direito, um labor de otimização, de modo que a compressão a cada interesse constitucional em jogo seja a mínima necessária para a salvaguarda do interesse antagônico.

Sob este prisma, entendemos que o fundamento para o Judiciário proceder à ponderação de interesses no controle de constitucionalidade radica no princípio da proporcionalidade (...).¹⁷⁸

Feitas essas explicações, abaixo, passa-se, pois, a esmiuçar, no plano material – este sim imantado de indeterminação, o conteúdo jurídico mínimo capaz de dar concretude à delimitação dos limites semânticos dos dois requisitos estatuídos pela legislação – segurança jurídica e excepcional interesse social – a autorizar a modulação de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade proclamada no seio da Jurisdição Constitucional.

3.3 A SEGURANÇA JURÍDICA

É truísmo afirmar que a noção mais generalista de segurança decorre, antes de mais nada, da própria condição antropológica humana, da vida em sociedade, transcendendo a própria ordem jurídica¹⁷⁹. A necessidade imperativa do ser humano de saber e de se ater a algo revela seu anseio pelos valores sempre citados de fiabilidade, eticidade, clareza, seguridade, calculabilidade, previsibilidade, certeza, confiança, transparência, estabilidade, entre outros, os quais, consoante Juarez Freitas, “assumiram a condição de verdadeiros

¹⁷⁸ SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis – o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses- das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 21, p. 27-40, 1998. p. 36-37. (Grifou-se)

¹⁷⁹ PEREZ LUNO, Antonio Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991. p. 7; MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 124.

pressupostos materiais do Estado de Direito (...) metas fundamentais, verdadeiras causas estruturantes do próprio Estado de Direito”¹⁸⁰.

No mesmo sentido, na perspectiva do Direito Constitucional, a segurança jurídica¹⁸¹ é, em última análise, um dos alicerces do edifício estatal moderno ou decorrência imediata e lógica deste¹⁸²¹⁸³. A razão, consigne-se, é evidente, tendo esta compreensão ampla aceitação pela doutrina¹⁸⁴, merecendo, a esse propósito, trazer o escólio do clássico constitucionalista português Canotilho, para quem:

O homem necessita de **segurança** para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da **segurança jurídica** e da **proteção à confiança** como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos.¹⁸⁵

¹⁸⁰ FREITAS, Juarez. Parecer. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Princípio da segurança jurídica. Exigência da menor precariedade possível nas relações de administração. **Interesse público**, Porto Alegre, n. 20, ago. 2003. p. 89.

¹⁸¹ Na doutrina, discute-se, sem definitividade, acerca da natureza da segurança jurídica, ora sendo catalogada como postulado, ora como princípio e até mesmo como regra cogente.

¹⁸² No ponto, subsidiando esta compreensão, ninguém foi mais profícuo que o jurista alemão Rudolf von Ihering (1818-1892) ao defender a **força bilateralmente obrigatória da norma** para fins de autolimitação do Estado (JHERING, Rudolf von. **A evolução do direito**. vertido da trad. francesa de O. DE MEULENAERE. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, [s.d.]).

¹⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990. p. 48 ss.

¹⁸⁴ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 99-100; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 114; MAFFINI, Rafael da Cas. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 32-46; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 123; COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União. **Revista Direito do Estado**, Salvador, n. 2, p. 48, abr./mai./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/almiro-do-couto-e-silva/o-principio-da-seguranca-juridica-protecao-a-confianca-no-direito-publico-brasileiro-e-o-direito-da-administracao-publica-de-anular-seus-proprios-at>>. Acesso em: 16 abr. 2017. p. 11; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. até a EC. n. 57 de 2008. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 533, ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 88, entre outros.

¹⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257. (Grifos originais)

Como se vê, o conceito inegavelmente tem alto grau de abstração¹⁸⁶, tendo sido consagradas ao menos duas acepções que podem ser extraídas da compreensão de segurança jurídica. Vejamo-las.

Em uma acepção objetiva, a segurança jurídica (art. 5º, XXXVI da Constituição Federal) não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Historicamente, ao menos desde a Constituição de 1946 (art. 113, § 3º)¹⁸⁷, consta a previsão da tutela constitucional ao direito adquirido¹⁸⁸, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada¹⁸⁹. Em linhas mais gerais, a acepção objetiva de segurança jurídica encontra-se hoje expressa no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal: é, objetivamente, imperativo do próprio ser humano em sociedade; deflui, enquanto princípio geral do Direito, do sobreprincípio do Estado Democrático de Direito ou dele é característica essencial; diz respeito às questões concretas dos limites à retroatividade dos atos do Estado¹⁹⁰; tem como substrato material genuíno as proposições da previsibilidade, da acessibilidade e da estabilidade¹⁹¹.

Igualmente, na busca da real significação do princípio em tela, é válida a contribuição sistemática de Humberto Ávila, que também confirma a plurissignificação da expressão segurança jurídica ora esposada. Segundo o tributarista,

a segurança jurídica pode ser entendida como **segurança do Direito** (Rechtssicherheit, securité juridique, sicurezza del Diritto, legal certainty, seguridad del Derecho), tanto no sentido de que o próprio Direito, para ser considerado um “Direito seguro”, deve conter determinadas qualidades ditas objetivas, como clareza e determinação, quanto no sentido de que o Direito, para ser qualificado como um “Direito com segurança”, deve envolver processos impessoais e uniformes de aplicação. (...) Em segundo lugar, a segurança jurídica pode ser entendida como **segurança pelo Direito**, tanto no sentido de que o Direito deve servir de

¹⁸⁶ Adota-se aqui a terminologia do Professor Marcelo Schenk Duque, quando trata da ponderação de direitos fundamentais.

¹⁸⁷ Nas Constituições seguintes também, vide art. 141, § 3º da Constituição de 1946; art. 150, § 3º da Constituição de 1967; art. 153, § 3º da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

¹⁸⁸ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990. p. 46 ss.

¹⁸⁹ SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis – o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses- das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 21, p. 27-40, 1998. p. 34.

¹⁹⁰ MAFFINI, Rafael da Cas. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 39.

¹⁹¹ Segundo Sylvia Calmes, especialista do tema ora debatido no cenário do Direito europeu (CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001. p. 160-161), o princípio da segurança jurídica abrange 3 (três) valores, quais sejam, a compreensão de previsibilidade no sentido *ex ante* da ação administrativa, estando conformado pelo ordenamento jurídico (legalidade); de acessibilidade, que traduz a imprescindibilidade da transparência administrativa com devida fundamentação dos atos da Administração Pública; e, finalmente, da estabilidade na perspectiva *ex post* das relações jurídico-administrativas, inclusive nos casos de atos administrativos eivados de algum vício, o que é representado pela acepção subjetiva da segurança jurídica, ou seja, é o próprio princípio da proteção da confiança a seguir examinado.

instrumento para assegurar, por meio do conteúdo de suas normas, a segurança quanto no sentido de que o Direito deve servir, por via dos instrumentos que ele estabelece, de meios para assegurar expectativas¹⁹².

Tais constatações, diga-se, embora válidas, não esgotam o tema, porquanto mesmo o exame apenas da feição objetiva da segurança jurídica *de per se* demonstra sua plurissignificação.

No que concerne, especificamente, à realidade do Direito Constitucional, a compreensão básica a se ter presente, em diferentes graus e circunstâncias, é a ideia de que,

nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, se assegura uma certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado.¹⁹³¹⁹⁴

Esses são os motivos, aliás, pelos quais a doutrina, reiteradamente, estabelece uma conexão direta da acepção objetiva da segurança jurídica com os institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada¹⁹⁵, da prescrição¹⁹⁶, da decadência¹⁹⁷ e da

¹⁹² ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade:** ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 134-136.

¹⁹³ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União. **Revista Direito do Estado**, Salvador, n. 2, p. 48, abr./mai./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/almiro-do-couto-e-silva/o-principio-da-seguranca-juridica-protecao-a-confianca-no-direito-publico-brasileiro-e-o-direito-da-administracao-publica-de-anular-seus-proprios-atos>>. Acesso em: 16 abr. 2017. (Grifou-se).

¹⁹⁴ Pela clareza e capacidade objetiva de síntese, com outros matizes, mas na mesma linha conceitual, é oportuno trazer o escólio de Tércio Sampaio Ferraz Junior ao examinar a doutrina da irretroatividade das leis, aduzindo que “A doutrina da irretroatividade das leis serve ao valor da **segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos**. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e reporta-se à concepção liberal do direito e do Estado”. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 252) (Grifou-se)

¹⁹⁵ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

¹⁹⁶ Cf. MS 23262, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

¹⁹⁷ Cf., ilustrativamente, RE 626489, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-184 DIVULG 22-09-2014 PUBLIC 23-09-2014).

preclusão¹⁹⁸, entre outros.

Há ainda que ser ressaltada a linha defendida por Maffini, segundo a qual a acepção objetiva da segurança jurídica exerce “função mediatizadora” entre o Estado Democrático de Direito e a proteção da confiança, posição com a qual se concorda. Entender de modo diverso implica malferir o necessário silogismo da ordem jurídica, desprezando o adequado processo de maturação da hermenêutica jurídica.

Professora em suas lições que

Nesse compasso, portanto, há de se fazer uma advertência que, de um lado, representa uma das conclusões propostas na tese e, de outro, visa à definição do verdadeiro elo de ligação entre o Estado de Direito e o princípio da proteção da confiança.

Com efeito, deve-se compreender no Estado de Direito a justificação ao princípio da proteção da confiança. Todavia, tal justificação mostra-se indireta, reflexa, mediata. A pretensão de se justificar diretamente o princípio da proteção da confiança numa fórmula finalisticamente tão ampla como a que qualifica o sobreprincípio do Estado de Direito corresponderia ao esvaziamento, pela vagueza, do próprio conteúdo dogmático do princípio da proteção da confiança.

Pretende-se, no curso do presente trabalho, o desenvolvimento do princípio da proteção da confiança no sentido de se atribuir tutela jurídica às expectativas que, por razões jurídicas, afiguram-se legítimas. **Conferir-lhe, entretanto, significado deveras vago induziria à inviliabilização da definição e da compreensão de quais expectativas depositadas nos atos estatais deveriam merecer tal proteção. Daí por que se deve ter em mente que a proteção da confiança encontra, somente numa perspectiva mediata, o seu fundamento no Estado de Direito. Nesse sentido, ensina Sylvia Calmes que “tout lien direct entre le lointain principe d’État de droit et la protection de la confiance légitime, bien que séduisant, nous paraît dès lors exclu, car hasardeux”.**

Surge, portanto, a necessidade de se compreender o instrumento de mediatização que culmina por coligar o sobreprincípio do Estado de Direito e a proteção da confiança. Numa aproximação desde já factível, quer parecer que tal “função mediatizadora” é cumprida não de forma isolada ou absoluta, mas, essencialmente, pelo princípio (ou sobreprincípio) da segurança jurídica.¹⁹⁹

A partir de tal argumentação, ainda que sem pretensão de exaustão, extrai-se o núcleo duro do princípio da segurança jurídica, aplicável em seu sentido objetivo. Com vistas a garantir a previsibilidade e certeza na regência da vida social, a segurança jurídica, inserida na relação jurídico-administrativa e manifesta por uma rede de institutos do sistema jurídico, tutela a irretroatividade das leis e a certeza dos atos administrativos, servindo, também, em razão da obediência ao necessário itinerário hermenêutico, de elo entre a abstração do Estado

¹⁹⁸ Cf. REMESSA, JUÍZA FEDERAL ROGÉRIA MARIA CASTRO DEBELLI, TRF1 - 2ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:23/08/2012 PAGINA:215.

¹⁹⁹ MAFFINI, Rafael da Cas. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 38-39. (Grifou-se)

Democrático de Direito e o princípio administrativo da proteção da confiança.

Em sentido subjetivo, pode-se tratar a segurança jurídica enquanto proteção da confiança (arts. 2º, *caput* e 54 da Lei n. 9.784/99²⁰⁰). Embora a ideia de *fides* no regime jurídico em vigor já compunha os fundamentos jurídicos do Direito Romano, reafirmado com Savigny²⁰¹, é nas últimas décadas do século XX que a noção de proteção da confiança, originária da Alemanha e desenvolvida no Direito Comunitário Europeu²⁰², desgarrou-se da de segurança jurídica, assumindo feições particulares ou espelhando sua acepção subjetiva.

Preambularmente, como visto no tópico anterior, ratifica-se que o conceito de proteção da confiança deve ser visto, obrigatoriamente, como um princípio deduzido de forma imediata de segurança jurídica, e, de forma mediata, do Estado Democrático de Direito²⁰³. Mas, há de se ter presente que, por vezes, identificou-se insuficiência na normatividade da segurança jurídica (sentido objetivo), o que justifica a necessidade de um princípio correlato mais flexível e capaz de ser aplicado em outras situações concretas, especialmente na questão dos efeitos dos atos do Estado.

Representando a acepção subjetiva da segurança jurídica, esse princípio tutela a confiança legitimamente depositada pelos administrados na condução do exercício da função

²⁰⁰ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito; (...)

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; (...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.** (Grifou-se)

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (Grifou-se)

²⁰¹ LÓBO, Paulo Luiz Netto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990, p. 46-47.

²⁰² Destaca COUTO E SILVA que “Ao mesmo tempo em que se consolidava no direito alemão e no direito suíço de expressão alemã, o princípio da proteção à confiança ingressava no direito da União Européia, batizado como «princípio da proteção à confiança legítima», percorrendo, entre os anos 1957 e 1978, o iter de sua afirmação «tanto no vasto domínio da regulamentação econômica, como no da restituição de subvenção do Estado irregularmente concedida, como no da função pública comunitária», para afinal consagrar-se, em decisões da Corte de Justiça das Comunidades Européias, como «regra superior de Direito» e «princípio fundamental do direito comunitário»” (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União. **Revista Direito do Estado**, Salvador, n. 2, p. 48, abr./mai./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/almiro-do-couto-e-silva/o-principio-da-seguranca-juridica-protecao-a-confianca-no-direito-publico-brasileiro-e-o-direito-da-administracao-publica-de-anular-seus-proprios-at>>. Acesso em: 16 abr. 2017.).

²⁰³ MAFFINI, Rafael da Cas. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 48-49.

administrativa por parte do Poder Público²⁰⁴. Nem poderia ser diferente. Como é natural, a presunção relativa de legalidade e constitucionalidade inerente aos atos administrativos incute nos administrados a real expectativa de conformidade com o sistema jurídico, afastando-os do grave receio de ficar à mercê da incerteza jurídica na condução de suas atividades²⁰⁵.

Sobre esse princípio, não obstante, há duas hipóteses básicas de incidência, quais sejam: **(a)** a imposição de limites ao Estado em relação à prerrogativa de alteração de condutas ou modificação de atos produtores de efeitos favoráveis aos seus destinatários, mesmo quando eivados de ilegalidade e **(b)** a determinação de consequências patrimoniais por essas alterações provocadas, toda vez que atingissem a crença legítima gerada nos administrados beneficiados ou na sociedade em geral²⁰⁶.

Em interessante passagem, Couto e Silva conceitua a proteção da confiança, asseverando que

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em **princípio da segurança jurídica** quando designam o que prestigia o aspecto **objetivo** da estabilidade das relações jurídicas, e em **princípio da proteção à confiança**, quando aludem ao que atenta para o aspecto **subjetivo**⁷. (...)

Parece importante destacar, nesse contexto, que os atos do Poder Público gozam da aparência e da presunção de legitimidade, fatores que, no arco da história, em diferentes situações, têm justificado sua conservação no mundo jurídico, mesmo quando aqueles atos se apresentem eivados de graves vícios.²⁰⁷

No mesmo sentido, o professor administrativista Maffini, cuja tese de doutorado foi exatamente o estudo do princípio da proteção da confiança, ao buscar elementos diferenciadores entre os princípios administrativos ora revisitados, traz importantes conclusões, a saber:

Portanto, a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio

²⁰⁴ CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional tributário**. 29. ed., rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 72, de 2013. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 468 ss; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. 265-266.

²⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990. p. 49.

²⁰⁶ MAFFINI, Rafael da Cas. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 48.

²⁰⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União. **Revista Direito do Estado**, Salvador, n. 2, p. 48, abr./mai./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/almiro-do-couto-e-silva/o-principio-da-seguranca-juridica-protecao-a-confianca-no-direito-publico-brasileiro-e-o-direito-da-administracao-publica-de-anular-seus-proprios-at>>. Acesso em: 16 abr. 2017. p. 4-5. (Grifou-se)

deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos.

A proteção da confiança tem, assim, a dimensão normativa precípua de um princípio jurídico, na medida em que possui por dever imediato a “promoção de um estado ideal de coisas”, embora tal conformação não lhe retire o dever mediato de “adoção da conduta necessária” para os fins almejados.²⁰⁸

Nesse quadro, como se vê, urge sinalar que, ao tutelar a confiança das legítimas expectativas dos administrados²⁰⁹, o referido princípio fomenta constantemente uma questão fulcral no Estado Democrático de Direito: a tensão entre si e a (in)constitucionalidade²¹⁰, especialmente no tema da manutenção de atos jurídicos inválidos, o que é solvido pela consagrada técnica da ponderação²¹¹ acima examinada. Tal problemática é, em essência, na perspectiva constitucional, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos produzidos pelo Poder Público e a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, podendo-se aproveitar, com segurança, inclusive as razões administrativistas nesse âmbito²¹², como se pode ver, reiteradamente trabalhadas²¹³.

²⁰⁸ MAFFINI, Rafael da Cas. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 48-49. (Grifou-se)

²⁰⁹ No âmbito sulamericano, José Antonio Rivera Santivanez, a partir da realidade do exercício da Jurisdição Constitucional boliviana, também registra a ideia, anotando que “*Todo Estado Democrático de Derecho se sustenta en valores supremos e principios fundamentales, entre estos últimos el de la seguridad jurídica, que como bien define la doctrina y ha recordado el Tribunal Constitucional es ‘la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de aplicación objetiva de la Ley, de modo tal que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio’.*” (SANTIVANEZ, José Antonio Rivera. La doctrina constitucional en la jurisprudência del Tribunal Constitucional. **Revista en el acervo de la BJV**. Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2001. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 67. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3530/3301>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

²¹⁰ SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis – o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses- das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 21, p. 27-40, 1998. p. 37.

²¹¹ Vide considerações sobre a técnica no item 2.2 desta dissertação.

²¹² Cf. COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS**, Cadernos de Direito Público, Porto Alegre, n. 57, 2 impressão (2011), p. 13-33, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201707/06143930-rpge57livrocadernosalmiro.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

²¹³ Nesse sentido, é sempre oportuno trazer o saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles, amparado por Almiro do Couto e Silva, que obtempera: “(...) no Direito Público, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou o convalescimento do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o status quo. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da

Enfim, independente da vertente da segurança jurídica, quer-se evidenciar e não perder de vista uma perspectiva fundamental: a consideração de que, em determinadas situações, a serem avaliadas caso a caso, exigências de ordem prática consolidadas, cujos efeitos no plano da realidade “não podem ser destruídos de uma penada”²¹⁴, a despeito de eventual inconstitucionalidade verificada, vedam a retroação – irresponsável, imprudente e deletéria – dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade²¹⁵.

Obviamente, note-se que a defesa da intangibilidade dos atos e negócios jurídicos praticados, embora a inconstitucionalidade da lei, depende também da confirmação de boa-fé dos interessados²¹⁶, ausência de prejuízo à terceiros e à ordem pública em geral²¹⁷.

3.4 O EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL

Examinada a segurança jurídica, o outro conceito constante da parte final do art. 27 da Lei n. 9.868/99, igualmente reproduzido no art. 11 da Lei n. 9.882/99 autorizador da flexibilização dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade, como visto, é o

justiça material.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 100). Não é diferente o entendimento de outro clássico administrativa, Seabra Fagundes. Em suas lições consta o seguinte: “a infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse”. E prossegue: “também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos” (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 47).

²¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990. p. 51. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 605.

²¹⁵ Apenas para ilustrar, essa racionalidade jurídica não é diferente das inúmeras contendas submetidas à jurisdição ordinária comum (ex. vide ponderações do voto do Ministro Gilmar Mendes no **RE 364.304 – AgR**). Também, este é o caso do servidor de fato, que prestou efetivo serviço público, foi remunerado para tanto e entabulou, conseqüentemente à nomeação, inúmeras relações jurídicas ou praticou diversos atos administrativos (SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis – o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses- das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 21, p. 27-40, 1998. p. 34); do advento de disciplina legal para profissão específica posteriormente reputada inconstitucional; do casamento que se realizou sob o pálio da legislação vigente à época; do Estado que arrecadou determinado tributo a mais ou a menos durante anos; dos contratos realizados sob a égide da lei estão em vigor, foram concluídos ou estão em fase de execução; das milhares decisões judiciais já transitadas em julgado tomando por base a referência de lei reputada inconstitucional vários anos após sua promulgação.

²¹⁶ A respeito do tema, não há como deixar de referenciar os profícuos e exaustivos estudos da Profa. Judith Martins-Costa. Vide: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015 e MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120-148.

²¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990. p. 48.

excepcional interesse social.

Aqui, sem dúvida, a complexidade gerada pela indeterminação e ambiguidade do termo, comprovada inclusive pela parca doutrina a respeito do tema, cresce exponencialmente, tornando o exercício de desvendar a semântica jurídica do critério tarefa bastante difícil.

Ao que parece, tanto quanto se pode afirmar, a expressão linguística adotada tem inspiração na opção do art. 282, n. 4 da Constituição portuguesa de 1976²¹⁸ (interesse público de excepcional relevo), que, por sua vez, não recebe muitos louros na doutrina lusitana²¹⁹. Não por acaso, colhe-se do profícuo jurista português Rui Medeiros, autor de famigerada obra dedicada ao estudo do controle de constitucionalidade, que, a bem da verdade, a opção do constituinte português pelo termo em referência só foi essa à míngua de outra melhor, sendo certo que a faculdade da modulação de efeitos temporais fundada apenas na segurança jurídica e na equidade constante do dispositivo não abrangeria a contento todas as hipóteses submetidas ao Tribunal Constitucional. De qualquer maneira, sublinhou que a modulação fundada nesse termo, de natureza subsidiária em relação à segurança jurídica, deve ser observada restritivamente, isto é, evitando-se o uso de ordem política.

Segue a mesma linha o também português Jorge Miranda ao comentar que a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade possui “razões estritamente jurídicas – a segurança e a equidade”, sendo a primeira mais objetiva e a segunda mais subjetiva, além de “uma razão não estritamente jurídica – interesse público de excepcional relevo”²²⁰.

No país, é certo que inexiste qualquer referência do termo na Constituição Federal associada ao controle de constitucionalidade, o que, por si só, à luz da teoria do ordenamento

²¹⁸ Artigo 282.º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a ripristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

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

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2. (Grifou-se)

²¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. t. 2. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 391.

²²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 367-503.

jurídico²²¹, a rigor, em franca oposição aos alicerces constitucionais do requisito segurança jurídica acima revisitado, já suscitaria a fustigação da constitucionalidade do termo, inclusive por ausência de segurança jurídica em sua acepção *ex ante* de previsibilidade²²².

Na jurisprudência, vê-se que o STF tem dado interpretação bastante abrangente ao termo²²³, consubstanciando-se o excepcional interesse social em qualquer princípio constitucional a ser considerado no caso concreto²²⁴ e, quase sempre, sua invocação sempre está alicerçada na segurança jurídica, raramente aparecendo enquanto desígnio argumentativo isolado, por si só, para fundamentar eventual modulação de efeitos temporais²²⁵.

Por aproximação possível, a expressão mais assemelhada que se apresenta é a de interesse social plasmada no art. 184, *caput* da Constituição Federal²²⁶, versando sobre tema totalmente distinto e servindo de substrato para desapropriação para fins de reforma agrária no caso de imóvel rural descumpridor de função social. E foi nesse contexto que o termo vem sendo empregado pela jurisprudência desde a promulgação da lei regulamentadora do tema (Lei n. 4.132/62).

Diante do nebuloso conteúdo semântico do termo, primeiro, o que é possível fazer é alijar as compreensões manifestamente incompatíveis com a literalidade do termo. É dizer, em tese, a sociabilidade estabelecida não seria equivalente ao interesse público próprio do Estado enquanto Administração Pública e ente possuidor de direitos e deveres na ordem jurídica²²⁷, mas sim o bem comum e a coletividade²²⁸. Ainda, assim como no caso da

²²¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Téc. Cláudio de Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

²²² ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 166.

²²³ Vide voto-vista do Ministro Gilmar Mendes na ADI 2240/BA e voto na ADI 875/DF. Também: MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 647.

²²⁴ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **A modulação no controle de constitucionalidade de novos tributos**. Rede de Pesquisa e conhecimento aplicado. Núcleo de Estudos Fiscais (NEF) da FGV Direito, SP. RP-PPA, 2015. p. 2. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17253/A_modula%C3%A7%C3%A3o_no_controle_de_constitucionalidade_de_novos_tributos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 dez. 2018.

²²⁵ Isoladamente, como dito, verificou-se raros casos em que a fundamentação para modulação de efeitos foi lastreada fortemente no excepcional interesse social (ex. ADI 1842/RJ e ADI 2501/MG).

²²⁶ Art. 184. Compete à União desapropriar **por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social**, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. (Grifou-se)

²²⁷ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 166. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello, referenciando a doutrina italiana, representada por Renato Alessi, também faz importante distinção semântica do interesse público, subdividindo-o em primário – o núcleo duro e razão primeira do regime jurídico-

segurança jurídica, decorrência do próprio dever de fundamentação das decisões (art. 93, IX da CF), não há dúvida de que a decisão de inconstitucionalidade, fiadora da supremacia da Constituição, só poderá ceder espaço à garantia da higidez temporária da norma viciada mediante robusto exercício argumentativo constatador de que o caso a ser examinado deva possuir caracteres fáticos absolutamente especiais e individuais e não situações corriqueiras ou sem qualquer dado relevante. Veda-se, assim, a já tradicional – mas condenável – argumentação jurídica de ordem meramente referencial, tópica e genérica de invocação de um

administrativo – e o secundário, que trata do interesse subjetivo enquanto pessoa da Administração Pública (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 101-102).

²²⁸ Exemplificativamente, colhe-se a compreensão da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a saber:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ACÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. Ação não conhecida quanto aos §§ 1º e 2º do artigo 81 e ao § 2º do art. 82, todos do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que esses dispositivos, de natureza transitória, já exauriram seus efeitos. 2. A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta. 3. O alcance da expressão "supervisão pedagógica", contida no inciso II do art. 82 do ADCT da Constituição Estadual de Minas Gerais, vai além do mero controle do conteúdo acadêmico dos cursos das instituições superiores privadas mineiras. Na verdade, a aplicação do dispositivo interfere no próprio reconhecimento e credenciamento de cursos superiores de universidades que são, atualmente, em sua integralidade privadas, pois extinto o vínculo com o Estado de Minas Gerais. 4. O simples fato de a instituição de ensino superior ser mantida ou administrada por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado basta à sua caracterização como instituição de ensino privada, e, por conseguinte, sujeita ao Sistema Federal de Ensino. 5. Portanto, as instituições de ensino superior originalmente criadas pelo estado de Minas Gerais, mas dele desvinculadas após a Constituição estadual de 1989, e sendo agora mantidas pela iniciativa privada, não pertencem ao Sistema Estadual de Educação e, conseqüentemente, não estão subordinadas ao Conselho Estadual de Educação, em especial no que tange à criação, ao credenciamento e descredenciamento, e à autorização para o funcionamento de cursos. 6. Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas. 7. Inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II da Constituição do Estado de Minas Gerais que se reconhece por invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da CF/88). Inconstitucionalidade por arrastamento dos § 4º, § 5º e § 6º do mesmo art. 82, inseridos pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005. 8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais - art. 10, IV c/c art. 17, I e II da lei 9.394/1996. **9. Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes frequentaram e frequentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores.** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2501. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 04 set. 2008. DJe 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2501%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2501%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cjprdc3>>. Acesso em: 31 jul. 2018.) (Grifou-se)

conceito jurídico indeterminado sem o necessário preenchimento de seu conteúdo a partir de circunstâncias dadas pelo caso concreto. E, segundo, em todo caso, persiste a advertência de que a mitigação da inconstitucionalidade, sob pena de violação da separação de poderes, não poderá enveredar para o vício congênito da politização da jurisdição ordinária²²⁹.

4 DOS CASOS CONCRETOS: A APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DE *PRO FUTURO* NO CONTROLE CONCENTRADO

Nesta etapa da dissertação, após a superação das noções pressupostas e a consolidação do estudo da técnica da modulação de efeitos temporais no controle de constitucionalidade, passa-se à prática de estudo de casos. Para tanto, embora a possibilidade de modulação de efeitos inclusive de forma difusa²³⁰, a dissertação delimitou a amplitude de trabalho de análise, circunscrevendo seu exame apenas aos casos de adoção da modulação *pro futuro* já julgados²³¹, em sede abstrata e concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal até a presente data, conforme os critérios temáticos abaixo reunidos.

4.1 CONCURSO PÚBLICO E RECURSOS HUMANOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Estes primeiros casos, embora com matizes próprios de cada situação, têm identidade

²²⁹ No ponto, vale transcrever excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes no AI 582.280-3 RJ AgR: “O princípio da nulidade continua a ser a regra também. **O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.**” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 582280. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Olivier Charles Mathieux. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 set. 2006. DJ 06 nov. 2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=582280&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 31 jul. 2018.) (Grifou-se)

²³⁰ Exemplificativamente, vale referenciar o **Recurso Extraordinário n. 197917** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197917. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 06 jun. 2002. DJ 07 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28197917%2EENUME%2E+OU+197917%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zu5ow9l>>. Acesso em: 25 nov. 2018.), no qual houve a atribuição de efeitos *pro futuro* em processo concreto, portanto, em sede de controle difuso.

²³¹ A título de registro, dada a relevância do objeto no tema do processo legislativo, em especial, na conversão de medidas provisórias em lei e na modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade, embora com aplicação, no caso, de modulação de entendimento *ex nunc*, recomenda-se a leitura da ADI 4029/AM, julgada em 2012, que versa sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio – Lei nº 11.516/07) e sobre o reconhecimento de inconstitucionalidade incidental de dispositivos da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional.

ao versarem sobre os temas de ingresso no serviço público brasileiro e relações de recursos humanos e regime de pessoal com a Administração Pública.

4.1.1 ADI 3430/ES²³²

4.1.1.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pelo Procurador-Geral da República e julgada em 12.08.2009, em face da Lei Complementar n. 300/2004 do Estado do Espírito Santo, que, objetivamente, autoriza o Poder Executivo Estadual a entabular contrato administrativo de prestação de serviço temporário com particulares, por 12 (doze) meses, prorrogável por igual período, com vistas a atender à necessidade de excepcional interesse público no sistema constituído pela Secretaria de Estado da Saúde – SESA e pelo Instituto Estadual de Saúde Pública – IESP.

Na petição inicial, o Ministério Público Federal denunciou a inconstitucionalidade por força do desrespeito ao regime geral do concurso público para acesso à Administração Pública, bem como em razão da inexistência dos requisitos excepcionais autorizadores da contratação emergencial (art. 37, II e IX da Constituição Federal). Nessa esteira, apontou que a lei complementar capixaba peca pela omissão genérica, deixando de especificar as hipóteses de excepcional interesse público. Ademais, arguiu que, ao contrário do texto constitucional, a lei ora impugnada, a bem da verdade, visa a atender a necessidades reconhecidamente permanentes da Administração Pública, inclusive no sistema de saúde estadual, não se adstringindo, portanto, à exceção autorizativa constitucional.

Havendo, no caso, pedido de medida cautelar, o então Relator, Ministro Carlos Velloso, sucedido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, exercitando o comando constante do art. 12 da Lei n. 9.868/99, após solicitar informações aos interessados, submeteu o processo diretamente ao Pleno para julgamento definitivo de mérito da demanda.

²³² A referência estrutural para o tema em debate desta ADI é inequívoca. Nesse sentido, várias foram outras situações de âmbito federativo estadual ou municipal semelhantes cuja orientação seguiu a mesma sorte desta decisão de mérito de fundo. Cf., entre outros, RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo n. 70040434276. Agravante: Município de São Borja. Agravado: Sindicato dos Municipários de São Borja. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 22 out. 2012. DJe 31 out. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70040434276&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=ADI+3.430&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 11 dez. 2018.

4.1.1.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

Em que pese não haja inconstitucionalidade formal, pois o Governador do Estado, com efeito, possui a competência para tanto, o que se observa, no caso presente, é a equivocidade material da norma impugnada.

Isso porque, como se sabe, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (vide ADI 2.987/SC), convergente com a doutrina de referência, tratando-se o permissivo do art. 37, IX da Constituição da República de medida excepcional à regra do concurso público, sua aplicação deve ser inegavelmente restritiva, sob pena de apresentar desarmonia ao espírito constitucional. Quatro são os requisitos para contratação temporária, a saber: **(i)** os casos excepcionais devem estar previstos em lei; **(ii)** o prazo de contratação deve ser pré-determinado; **(iii)** a necessidade deve ser temporária e **(iv)** o interesse público deve ser excepcional.

Nessa ordem de ideias, dado que a identificação das situações excepcionais se dá de forma *ad hoc*, casuisticamente, de acordo com a realidade fática particular do binômio espaço-tempo, não está autorizado à produção legislativa instituir, de forma antecipada e prévia, modelo genérico de contratação temporária. Não bastasse, no particular da questão da saúde pública, vige o princípio da precaução (art. 196, *caput* da Constituição da República), devendo-se ter presente, no escólio do Relator, que

A transitoriedade das contratações de que trata o art. 37, IX da CF, com efeito, não se coaduna com o caráter permanente de atividades que constituem a própria essência, a razão mesma de existir do Estado, qual seja a prestação de serviços essenciais à população, dentre os quais figuram, com destaque, os serviços de saúde. (p. 272 do voto) (Grifou-se)

Estas são, em síntese, as razões que aquilatam a inconstitucionalidade da lei complementar estadual n. 300/2004, levando ao julgamento de procedência da ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, entretanto, a despeito do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei complementar capixaba, foi adotada bastante cautela.

Como se expôs nos debates e no próprio teor do voto do Relator, a norma impugnada teve seus efeitos prorrogados pela Lei Complementar Estadual n. 378/2006, lapso temporal ensejador de inúmeras contratações iniciadas e em vigor sobre as quais recaía o pálio da presunção de constitucionalidade, motivo pelo qual se fez importante modular os efeitos da

declaração de inconstitucionalidade de modo a blindar sua incidência a fatos pretéritos constituídos em exata conformidade de norma até então reputada hígida. De outra banda, também, a questão da saúde pública, por si só, e seu conhecido estado de caos permanente no país, exigem que, sob pena de sentenciar contexto fático ainda mais inconstitucional, se evite um estado anomia legislativa, de modo a tornar letra morta importante exceção constitucional inserida na administração do Executivo. Destacou o Pleno, ainda, o surto de “gripe suína” que acometeu o país na época, sendo, sempre à luz o interesse público da sociedade subjacente ao exercício da função administrativa, incapaz de se diagnosticar a real extensão e gravidade da patologia.

É por força destas contingências e preocupações de ordem prática que a prudência impôs sobrevida à norma reconhecida inconstitucional, tendo sido fixado, ao final, com base no art. 27 da lei n. 9.868/99, a subsistência da lei complementar estadual n. 300/2004 por mais 60 (sessenta) dias, a contar da data da comunicação da decisão.

Assim, veja-se como o aresto restou ementado:

CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I – A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha. II – Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade. III – O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções. IV – Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade. V – É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos. VI – Ação que se julga procedente.²³³

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3430. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 ago. 2009. DJe 23 out. 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3430%2E+ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3430%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cqqw9dl>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

4.1.2 ADI 3609/AC

4.1.2.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República e julgada em 05.02.2014, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, que tinha por objeto a Emenda Constitucional n. 38 da Constituição do Estado do Acre, de 18.07.2008, que, acrescentando o art. 37 ao ADCT, tornou efetivos todos os servidores públicos que haviam sido providos sem concurso público até 31.12.1994, desrespeitando a regra do concurso público (art. 37, II da Constituição da República).

Referido dispositivo impugnado possuía o seguinte teor:

Art. 37. Os servidores das secretarias, autarquias, fundações públicas, de empresas públicas e de economia mista, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que estão em exercício e não tenham sido admitidos na forma prevista no art. 27 da Constituição Estadual, estável ou não por efeito do art. 19 do ADCT da Constituição Federal, **que ingressaram no serviço público até 31 de dezembro de 1994, ficam efetivados e passam a integrar quadro temporário em extinção à medida que os cargos ou empregos respectivos vagarem**, proibida nova inclusão ou admissão, a qualquer título, assim como o acesso a quadro diverso ou a outros cargos, funções ou empregos. (Grifou-se)

Usando da faculdade prevista no art. 12 da Lei n. 9.868/99, foram prestadas as informações pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Acre, que defendeu a constitucionalidade do dispositivo, ao argumento de que a previsão encontra lastro em diversos princípios constitucionais. Acrescentou, ainda, subsidiariamente, em caso de reconhecimento da inconstitucionalidade, a imperatividade da modulação de efeitos, a fim de preservar a situação jurídica de todos aqueles servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.93, data a partir da qual vigorou a Lei Complementar n. 39/93, materializando a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público para ingresso no serviço público acreano.

Houve manifestação da Advocacia-Geral da União e do Procurador-Geral da República, ambos reconhecendo a inconstitucionalidade da norma impugnada.

4.1.2.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

Acenando com a inconstitucionalidade da norma impugnada desde o início de seu voto condutor, o Relator, primeiro, referendou, à luz da doutrina e da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal (v.g ADI 1350/RO), as razões que conferem legitimidade

ético-jurídica à investidura a cargos, empregos e funções públicas mediante prévia aprovação em concurso público estatuída no art. 37, II da Constituição da República²³⁴. Destacou que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento firme acerca da indeclinabilidade da regra do concurso público.

E, no mérito, ao analisar o tema objeto do presente caso, o Relator apontou a inconstitucionalidade “patente” (p. 06 do acórdão) da norma impugnada. Isso porque, além de a norma ir de encontro à regra do concurso público, deve-se ter presente que o conteúdo do art. 19 do ADCT da Constituição da República garantiu apenas estabilidade excepcional (e não efetividade) aos servidores da Administração direta, autárquica e das fundações públicas, não se estendendo tal beneplácito aos empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido, argumentou que a estabilidade dos servidores adquirida por força do referido dispositivo do ADCT circunscreve-se à permanência na função para as quais foram admitidos, de modo que a efetividade nos cargos destes só poderá ocorrer mediante certame público.

Outrossim, a norma impugnada desbordou a taxatividade excepcional e limitação a ser observada ao art. 19 do ADCT, pois, enquanto esta garantiu estabilidade para aqueles que já contavam com cinco anos de serviço à data da promulgação da Constituição de 1988, aquela efetivou todos servidores que ingressaram no serviço público estadual até 31.12.1994, ampliação que não encontra nenhum respaldo na doutrina de referência e no entendimento da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (v.g ADI 100/MG, RE 181.883 e ADI 289/CE).

Em face destes vetores, pois, foi julgada procedente a demanda para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 38/2005 à Constituição Estadual do Acre.

Quanto à modulação temporal, em que pese o Relator tenha rechaçado o pedido subsidiário na forma como veiculado pela Presidência da Assembleia Estadual do Acre, levando em consideração informação trazida pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre, no sentido de que foram contratados entre o período de 05.10.1983 a 18.01.1994, 11.554 (onze

²³⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Grifou-se)

mil, quinhentos e cinquenta e quatro) servidores estaduais sem a prévia aprovação em concurso público, os quais se encontravam em atividade nos mais variados órgãos e entidades da Administração Pública estadual, alguns inclusive caracterizados como essenciais, propôs, fundamentado na mesma orientação dada pela ADI 4125/TO e pela ADI 3819/MG, a modulação da declaração de inconstitucionalidade, de modo que a decisão somente produzisse seus efeitos a partir de 12 (doze) meses. À luz da proporcionalidade e buscando evitar mal maior com prejuízo manifesto de recursos humanos, especialmente no que diz com os serviços essenciais à população afetada, este seria o tempo adequado e hábil a permitir a realização e finalização de concurso público para nomeação e posse de novos servidores.

Após as discussões de praxe, que variaram desde a declaração de inconstitucionalidade sem qualquer modulação (vide opinião dos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, p. 32-33), até o pedido da Procuradoria do Estado do Acre de extensão do prazo proposto pelo Relator para mais 12 (doze) meses, totalizando 24 (vinte e quatro) meses, em razão de limitação orçamentária e se tratar de ano eleitoral que possuía restrições à nomeação de novos servidores, conciliou-se, por maioria, pelo acerto da proposta do Relator. Desse modo, determinou-se que a decisão somente tivesse eficácia a partir de 12 (doze) meses contados da data da publicação da ata de julgamento, vencidos, no ponto, os Ministros acima citados.

4.1.3 ADI 3819/MG

4.1.3.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República e julgada em 24.10.2007, com pedido de medida cautelar, questionando a constitucionalidade dos seguintes dispositivos: (i) arts. 140, *caput* e parágrafo único e 141 da Lei Complementar n. 65/03; (ii) art. 55, *caput* e parágrafo único da Lei n. 15.788/05 e (iii) art. 135, *caput* e § 2º da Lei n. 15.961/05, todos do Estado de Minas Gerais em face do regramento constitucional aplicável.

Em síntese, com base nos dispositivos em referência,

(...) a controvérsia posta nestes autos diz respeito à possibilidade de servidores estaduais, aqueles investidos na função de Defensor Público, sem especificação do modo como se deu a investidura, e os ocupantes dos cargos de Assistente Jurídico de Penitenciária e de Analista de Justiça integrarem a carreira de Defensor Público Estadual, recebendo a remuneração própria do cargo de Defensor Público de Primeira Classe, sem o prévio concurso, (...) (p. 365 do Acórdão)

Após as manifestações da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais e do Governo, o MPF opinou pelo conhecimento da demanda e, no mérito, pela procedência da ação direta, encaminhando-se os autos ao Relator para deliberação.

*4.1.3.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro*²³⁵

Primeiro, foram afastadas as preliminares arguidas pelos requeridos. A compreensão da objetividade da ação direta, que se traduz no reconhecimento de que não há que se falar em partes defendendo interesses próprios, afastou a eventual a necessidade de extinção do processo sem julgamento de mérito em razão da ausência de indicação do polo passivo. Ainda, o fato de os dispositivos em comento se dirigirem a um grupo de destinatários definidos não equivale a dizer que se trata de norma de efeitos concretos, pois, conforme jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal (v.g ADI 1.655), mesmo que os destinatários sejam determináveis, isso não significa individualização suficiente para vedar a generalidade e a abstração do controle de constitucionalidade. No mais, tampouco há ausência de impugnação específica, uma vez que todos os dispositivos cuja constitucionalidade se puseram à prova têm como paradigma o mesmo preceito constitucional.

Superadas as preliminares, discorreu o Relator acerca da abolição das hipóteses de investidura derivada de provimento de servidores ocorrida com a promulgação da Constituição Federal, em especial, nos arts. 37, II e 134, § 1º. Referendou o entendimento segundo o qual a adoção do concurso público para acesso aos cargos públicos constitui concretização da isonomia, mediante a adoção de instrumentos objetivos e impessoais, e do próprio princípio republicano.

Com base nessa ordem de ideias, afirmou descabimento da transposição de servidores dos mais diversos cargos para o cargo de Defensor Público no âmbito dos Estados-membros, invocando uma série de precedente dos próprio Supremo Tribunal Federal a subsidiar esta compreensão, a citar: ADI 3.603, ADI 1.267, ADI 3.043.

Nesse cenário, nos termos do Relator, Min. Eros Grau, “A autonomia de que são dotadas as entidades estatais para organizar seu pessoal e respectivo regime jurídico não tem o condão de afastar as normas gerais de observância obrigatória pela Administração Direta e

²³⁵ Vide comentários em MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 670.

Indireta estipuladas na Constituição [artigo 25 da CB/88]” (p. 356-357 e 368 do Acórdão), motivo pelo qual os conhecidos argumentos de precariedade da estrutura dos órgãos e entidades da Administração Pública brasileira não podem ter condão de relegar mandamento constitucional imperativo.

Assim, conhecida a ação direta, foi julgada parcialmente procedente para o fim de, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 140 da Lei Complementar n. 65/03, restringir o sentido da expressão *defensores públicos*, de modo que alcance apenas e tão somente aqueles regularmente aprovados em concurso público específico para o referido cargo, bem como aqueles que atendiam à hipótese do art. 22 do ADCT na data da instalação da Assembleia Nacional constituinte.

Na decisão em comento, remanesceu a constitucionalidade do art. 55, caput e parágrafo único da Lei Estadual n. 15.788/05, uma vez que equiparar e vincular somente a remuneração dos servidores de Estado de Defesa Social ao vencimento dos defensores, *a priori*, não ostenta, por si só, nenhuma inconstitucionalidade, tratando-se de situação diferente do provimento derivado ou da transposição de cargos, esta sim, inconstitucional.

Quanto à modulação de efeitos temporais aplicada, restou indubitado nos debates do julgado que, a despeito do reconhecimento da inconstitucionalidade no ponto, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, assim como as demais do país, atua de modo precário, de modo que o reconhecimento da inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* agravaria ainda mais o desempenho e a ineficiência da assistência judiciária.

E, diante da necessidade de atenção à realidade objetiva dos fatos (p. 416 do Acórdão) e das soluções jurídicas possíveis a garantir a adequada prestação do serviço da Defensoria Pública de Minas Gerais, considerando o art. 27 da Lei n. 9.868/99, a Corte dilargou a eficácia da declaração de inconstitucionalidade do caso, deliberando pela ultra-atividade da lei inconstitucional por mais 6 (seis) meses a contar da decisão, de modo a, respeitando a separação de poderes, permitir a convocação de concurso público válido e finalizado para o cargo em referência.

4.1.4 ADI 4876/MG

4.1.4.1 Do resumo do processo

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, aforada pelo Procurador-Geral da República e julgada definitivamente em 20.05.2015, tendo por objeto o art. 7º e seus incisos da Lei Complementar n. 100/07, do Estado de Minas Gerais.

Segundo aduziu o *parquet* federal, os dispositivos impugnados tornaram titulares de cargos efetivos – segundo noticiário publicado à época 98.000 (noventa e oito mil) servidores – profissionais da área da Educação do Estado de Minas Gerais que mantinham vínculo precário com a Administração Pública estadual. Defendeu que tal situação viola a sistemática constitucional de acesso aos cargos públicos do país em flagrante desobediência à regra do concurso público, bem como aos diversos princípios constitucionais subjacentes, entre os quais a impessoalidade e a moralidade administrativa.

Foi aplicado ao processo o trâmite facultativo constante do art. 12 da Lei n. 9.868/99.

Notificados, os requeridos prestaram suas informações. A Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, primeiro, em sede preliminar, aventou a conexão do processo com a ADI 3842 distribuída ao Ministro Gilmar Mendes, bem como o não conhecimento da ação por força da ausência de impugnação global dos dispositivos relativos à matéria. Ato contínuo, no mérito, explicou que o dispositivo impugnado está inserido no contexto de unificação de regimes jurídicos administrativos em sintonia ao mandamento constitucional do art. 24 do ADCT. Referidas teses defensórias do dispositivo impugnado foram, ao seu turno, ratificadas pelo Governo do Estado de Minas Gerais.

A Advocacia-Geral da União, preliminarmente, opinou pelo não conhecimento da ação direta à vista da ausência de impugnação específica. No mérito, apontou a procedência parcial, uma vez que o inciso III do art. 7º defende ser constitucional, ao passo que os incisos I, II, IV e V não.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, manifestou-se pelo conhecimento e procedência do pedido, reportando-se às razões trazidas pela exordial.

Deferido o ingresso da Associação de Professores Públicos de Minas Gerais (PPMG) como *amicus curie*, encarminharam-se os autos para julgamento.

4.1.4.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

De início, foram afastadas as preliminares, pois, quanto à conexão aventada, a mera identidade do parâmetro de controle não determina a conexão, do mesmo modo que, em sede de controle concentrado, a causa de pedir é aberta. No mesmo sentido, quanto ao não conhecimento da ação direta, há de se considerar que o art. 7º da Lei n. 100/07 do Estado de Minas Gerais tem incidência autônoma, disciplinando situações específicas e diversas entre si. Por isso, os demais dispositivos citados na norma impugnada refletem mera extensão subjetiva do conteúdo do *caput*, tendo restado claro na petição inicial a impugnação global da

norma cuja constitucionalidade se controvertia.

No mérito, como se viu, a controvérsia orbita em torno da constitucionalidade do art. 7º da Lei n. 100/07 do Estado de Minas Gerais, que tornou titulares de cargo efetivo, em razão da natureza permanente da função para a qual foram admitidos, os servidores que, na data da publicação da referida lei, enquadravam-se em alguma das hipóteses dos incisos do art. 7º.

Desde logo, reproduz-se a integralidade do teor do dispositivo impugnado (art. 7º da Lei n. 100/07 do Estado de Minas Gerais), *in litteris*:

Art. 7º Em razão da natureza permanente da função para a qual foram admitidos, **são titulares de cargo efetivo**, nos termos do inciso I do art. 3º da Lei Complementar nº 64, de 2002, os servidores em exercício na data da publicação desta lei, nas seguintes situações:

I – a que se refere o art. 4º da Lei nº 10.254, de 1990, e não alcançados pelos arts. 105 e 106 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado;

II – estabilizados nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República;

III – a que se refere o **caput** do art. 107 da Lei nº 11.050, de 19 de janeiro de 1993;

IV – de que trata a alínea ‘a’ do § 1º do art. 10 da Lei nº 10.254, de 1990, admitidos até 16 de dezembro de 1998, desde a data do ingresso;

V – de que trata a alínea ‘a’ do § 1º do art. 10 da Lei nº 10.254, de 1990, admitidos após 16 de dezembro de 1998 e até 31 de dezembro de 2006, desde a data do ingresso.

§ 1º O posicionamento dos servidores de que trata este artigo dar-se-á no nível e no grau correspondentes ao padrão de vencimento utilizado para pagamento de sua remuneração na

data da publicação desta Lei.

§ 2º Não será computado, para a percepção de vantagem ou benefício, o período em que os servidores não estiveram em efetivo exercício, conforme definido em lei.

§ 3º Os servidores de que trata este artigo ficam vinculados ao Funfip, instituído na Lei Complementar nº 64, de 2002.

Sinteticamente, tem-se que: **(i)** no inciso I, a norma impugnada tornou trabalhadores regidos pela CLT admitidos na Administração Pública sem concurso público em ocupantes de cargos efetivos na administração direta, autárquica ou fundacional; **(ii)** no inciso II, tornou titulares de cargo efetivo os estabilizados nos termos do art. 19 do ADCT²³⁶; **(iii)** no inciso III, o parágrafo único do art. 107 da Lei n. 11.050/93, citado na norma impugnada, expressamente condicionou a titularização de cargo efetivo à aprovação em concurso público; **(iv)** no inciso IV, a norma tornou titulares de cargos efetivos os servidores admitidos até 16.12.1998, desde

²³⁶ Sobre a diferença existente entre efetividade e estabilidade, vide clássica distinção feita pelo Ministro Maurício Corrêa no RE 167.635/PA. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 167.635. Recorrente: Estado do Pará. Recorrido: Paulo Afonso da Silva Mardock. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 set. 1996. DJ 07 fev. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+167635%2E+NUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+167635%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aj5wy2m>>. Acesso em: 08 mar. 2018.)

a data do ingresso no serviço público e, finalmente, (v) no inciso V, igualmente, refere-se aos mesmos servidores, mas aqueles admitidos entre 16.12.1998 e 31.12.2006, desde a data do ingresso. Estes últimos dois casos (IV e V), registre-se, foram inicialmente contratados de forma excepcional e temporária e, com o advento da Lei Estadual n. 10.254/90, foram designados para “função pública” para o exercício das atividades de professor, especialista em educação e serviçal, situação de consolidou-se irregular com a manutenção desses servidores em atividade por mais de uma década ao invés do respeito à excepcionalidade e temporária de um ano, passando a norma impugnada a torná-los titulares de cargo efetivo sem prévio concurso público.

Nas palavras do próprio Relator, Ministro Dias Toffoli, “o quadro de irregularidades é estarrecedor” (p. 8 do Acórdão), pois, à exceção do inciso III do art. 7º da Lei n. 100/07 do Estado de Minas Gerais, todos os demais incisos da norma permitiram a efetivação de servidores da Administração Pública em cargo público com evidente burla à regra concurso público (art. 37, II da Constituição Federal).

Ao contrário do que sustentado na prestação de informações pela Assembleia Estadual e pelo Governo de Minas Gerais, os artigos 4º e 10 da Lei Estadual n. 10.254/90, vigentes após a promulgação da Constituição da República de 1988, tornaram detentores de “função pública”, figura *sui generis*, servidores admitidos mediante convênio com entidades da administração indireta, bem como servidores designados para o exercício de atividades de professor, especialista em educação e serviçal, todos sem a prévia aprovação em concurso público, medida que foi seguida pela impugnada Lei Complementar n. 100/2007, que encerrou o processo tornando tais servidores detentores de cargo efetivo com afronta aos preceitos constitucionais aplicáveis. Nessa ordem de ideias, conforme anota o Relator,

Não é possível extrair-se do art. 39 da Constituição e do art. 24 do ADCT interpretação no sentido de que a adoção do regime jurídico único se deva dar em desconformidade com a regra imperativa do concurso público (art. 37, II, CF/88), vetor fundamental para a realização dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia na Administração Pública”. (p. 09 do acórdão).

Portanto, à luz da argumentação supra, conhecida a ação direta, foi julgada parcialmente procedente para o fim de declarar inconstitucionais os incisos I, II, IV e V do art. 7º da Lei Complementar n. 100/2007 do Estado de Minas Gerais.

Restaram ressalvados desta interpretação constitucional aplicável ao processo objetivo a situação regular daqueles que adquiriram estabilidade fundada no art. 19 do ADCT, daqueles que se submeteram a concurso público nos moldes do mesmo art. 19, § 1º, todos

aqueles servidores regularmente aprovados e nomeados em virtude de aprovação em concurso público, bem como aqueles já aposentados ou que, até a data da publicação da decisão, tivessem preenchido os requisitos para aposentadoria.

Dado o resultado do julgado, tanto a Assembleia Estadual como o Governo de Minas Gerais apresentaram proposta de modulação dos efeitos da decisão, ao argumento da existência de situações funcionais consolidadas e da possibilidade de, a despeito da inconstitucionalidade deflagrada, haver prejuízo ao interesse público a imediata exoneração dos servidores irregulares ativos.

Em face disso, apontou o Ministro Relator a existência de duas situações jurídicas identificáveis, as quais deveriam perseguir orientações distintas, a saber: **(i)** em relação aos cargos para os quais não houvesse concurso público em andamento ou com prazo de validade em curso, determinou a aplicação de efeitos prospectivos à decisão, de modo a surtir efeitos a partir de 12 (doze) meses, contados a partir da data da publicação da ata de julgamento; **(ii)** já em relação aos cargos para os quais havia concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deveria surtir efeitos imediatos, pois

não há como justificar a manutenção de um quadro patente de inconstitucionalidade marcado por anos de desrespeito da Constituição de 1988. (...). A Lei Complementar nº 100, de 2007, foi, de fato, a culminância de um processo direcionado ao provimento de cargos efetivos por pessoas não aprovadas em concurso público” (fl. 15 do Acórdão).

Assim, nesta segunda situação, a exemplo da notícia constante dos autos no sentido da existência de concurso público para preenchimento de vagas de professores na rede pública de ensino do Estado de Minas Gerais, homologado em 15.11.2012 e que ainda estava dentro do prazo de validade (15.11.2014), não houve que se falar em aplicação da modulação *pro futuro*, já que a transmutação da situação inconstitucional para constitucional com a nomeação de novos servidores poderia ser tomada imediatamente e sem prejuízo ao interesse público subjacente ao exercício da função administrativa.

4.1.5 ADI 4125/TO

4.1.5.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade julgada em 10.06.2010, com pedido de medida cautelar, relatada pela Ministra Cármen Lúcia e ajuizada pelo Partido Social da Democracia Brasileira (PSDB), na qual se questionou a validade constitucional da expressão

“cargos em comissão”, constante do *caput* do art. 5º e seu parágrafo único e *caput* do art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III, todos da Lei Estadual n. 1.950/08; e expressões “atribuições”, “denominações” e “especificações” de cargos, contidas no art. 8º da referida Lei, que dispõe sobre a organização da estrutura básica do Poder Executivo do Estado de Tocantins.

Noticiou, inicialmente, o Partido requerente que, em 07.08.2008, o Governador do Estado de Tocantins encaminhou projeto de lei à Assembleia Legislativa do Estado, tendo sido aprovado em ritmo de urgência. No dia seguinte, com a publicação da Lei Estadual n. 1.950/08, criou-se milhares de cargos comissionados, bem como foi garantida a manutenção de todos os ocupantes dos cargos comissionados (art. 7º, II da lei então impugnada). Ademais, embora a competência exclusiva do Legislativo para tanto, observou que a lei impugnada não discrimina as atribuições dos cargos em debate, tendo havido a delegação do ponto ao Chefe do Poder Executivo. Ainda, registrou que os cargos criados pelas Tabelas da lei impugnada possuíam natureza eminentemente técnica, descaracterizando as faculdades constitucionais previstas na CF para os cargos comissionados. Sustentou, assim, que teriam sido contrariados o art. 37, II e V da CF e desrespeitadas decisões do STF em ações diretas (ADIs 3983 e 3990).

Em 11.09.2008, foi adotado o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99.

Instado, o Governador do Estado de Tocantins, arguiu, preliminarmente, o não cabimento da ação e, no mérito, defendeu a constitucionalidade da lei, tanto no seu aspecto formal quanto em sua substância.

Ao seu turno, a Assembleia Legislativa do Estado de Tocantins também referendou a posição segundo a qual a lei impugnada era constitucional, tendo em vista que, conforme disposição da Constituição Estadual (art. 27, 1, II, ‘a’, ‘b’ e ‘f’), a matéria seria de competência exclusiva do Governador do Estado.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela parcial procedência do pedido constante da exordial, assim como a Procuradoria-Geral da República, na forma específica de cada uma de suas argumentações.

É o sucinto relatório da ADI.

4.1.5.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

Preliminarmente, a Relatora afastou o pedido de desistência e arquivamento do feito, porquanto o art. 5º da Lei n. 9.868/99, seguido da jurisprudência do próprio STF, são taxativos no sentido da impossibilidade de desistência em processos objetivos, exatamente em

vista de sua natureza especial.

Ainda em sede prefacial, destacou-se que, embora não tenha havido o aditamento da petição inicial por força da superveniência de alteração da Lei Estadual n. 1.950/08²³⁷, dada pela Lei n. 2.145/2009, Lei n. 2.142/2009 e Lei n. 2.232/2009, não é caso de prejudicialidade por, ao menos, 2 (dois) motivos. Primeiro, porque a não apresentação de aditamento guarda coerência com o pedido de desistência formulado. Segundo, porque as alterações citadas não alcançaram a essência das normas então impugnadas na ADI.

Daí, passou-se então ao exame de mérito propriamente dito.

De início, com base nas razões do julgamento conjunto das ADI 3.232/TO, ADI 3.983/TO 3.990/TO, ocorrido em 14.08.2008, todas de relatoria do Ministro Cezar Peluso, a Relatora sublinhou 2 (duas) preocupações caso passasse a vigorar a aplicação ortodoxa da tese de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* ventilada na petição inicial, uma vez que (i) tal situação implicaria na imediata exoneração de milhares – aproximadamente 28.000 (vinte e oito mil) – de servidores públicos ocupantes de cargos comissionados no Estado do Tocantins com repercussão no sustento de suas famílias e (ii) um universo incontável de cidadãos correriam o risco de se verem privados, no todo ou em parte, de prestações básicas devidas pelo Estado em áreas sensíveis como saúde e educação.

Em seguida, ressaltou a impossibilidade do STF de analisar, caso a caso, a compatibilidade de cada um dos cargos criados pela Lei Estadual n. 1.950/08 com o disposto na parte final do art. 37, V da CF, seja porque isso representaria violação à separação de poderes, seja pelo elevado número de cargos em comissão em questão. Desse modo, à exceção dos casos mais inequívocos da condição de chefia, diretoria ou assessoramento, no caso, restou evidenciado que as funções desempenhadas pelos servidores em comento não exigiam qualquer vínculo de confiança a justificar comissionamento e sim grande parte delas referiam-se a áreas eminentemente técnicas e operacionais.

Nesse sentido, a Relatora ratificou, ressalvando as hipóteses excepcionais de ordem constitucional, a obrigatoriedade do concurso público como instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, impessoalidade e da moralidade, o que marcha em franca contramão do caso concreto em que a exceção se travestiu de regra a ser observada. Na verdade, como bem destacado no voto relator, pautado pela jurisprudência do Tribunal (v.g RE n. 365.368/SC), em casos como o presente, conforme circunstâncias especiais dadas por cada situação, o norte a ser respeitado é a proporcionalidade entre o número de servidores efetivos

²³⁷ Para consulta do inteiro teor da lei impugnada na ADI em exame, visite sítio eletrônico da Assembleia do Estado do Tocantins, disponível em: <<http://www.al.to.leg.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

e os ocupantes de cargo em comissão.

Assim, reputando-se, no caso, a burla da exigência constitucional do concurso público, havia de ser invocada também a imprescindibilidade da moralidade administrativa enquanto condição de legitimidade e validade dos atos estatais, devendo, também por este fundamento, serem considerados inconstitucionais os dispositivos legais impugnados.

Quanto ao art. 8º Lei Estadual n. 1.950/08, efetivamente, considerou-se que a disposição contém comando normativo demasiadamente amplo, pois, ao delegar ao Chefe do Poder Executivo a competência para dispor sobre as atribuições, as denominações e as especificações dos cargos, o legislador estadual abriu a possibilidade indevida ao governador, que poderia, a pretexto de organizar a estrutura administrativa estadual, criar novos cargos sem edição de lei na prática, o que, como se sabe, não encontra guarida constitucional e na própria jurisprudência do STF.

Assim, pelo exposto, a Relatora julgou integralmente procedente a ação direta e, inicialmente, quanto à modulação de efeitos, propôs a fixação do prazo máximo, aberto e passível de ajuste, de 18 (dezoito) meses, o que, entretanto, não encontrou o quórum necessário no plenário.

Na continuidade da decisão refletida nos debates, o Tribunal, ao final, considerando várias peculiaridades do caso, entre as quais informações atualizadas da situação de pessoal e recrutamento do Estado do Tocantins, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou, no ano de 2010, procedente a ação direta, determinando, ao final, a fixação do prazo de 12 (doze) meses para realização de concursos públicos, de modo a suprir a anulabilidade da instituição dos cargos trazida pela Lei Estadual n. 1.950/08. Restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e o Ministro Cezar Peluso, que não fixaram nenhum prazo.

4.1.6 ADI 1241/RN

4.1.6.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, julgada em 22.09.2016, ajuizada pelo Procurador-Geral da República e de relatoria do Ministro Dias Toffoli, tendo a Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte como interessada.

Arguiu o requerente a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º da Lei n. 6.697, de 31.10.1994, do Estado do Rio Grande do Norte, que asseguraram a permanência dos servidores da Fundação Universidade Regional desse Estado admitidos em caráter temporário entre 08.01.1987 a 17.06.1993 sem a prévia aprovação em concurso público e tornaram sem

efeitos os atos de direção da universidade que, de qualquer forma, importassem em exclusão desses servidores do quadro de pessoal.

Solicitadas informações, a Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte explicou a edição do ato normativo impugnado, justificando seu teor em razão da sabida carência de pessoal qualificado para pesquisa e atividades universitárias. Sublinhou que a medida, como constou, veio a dar solução a um problema de magnitude social, devendo ser reconhecida a autonomia do Estado para organização de seu pessoal e de seus serviços.

O Advogado-Geral da União, atuando em defesa dos dispositivos impugnados, ratificou as alegações da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte.

Já o Procurador-Geral da República, a seu turno, reiterou as razões iniciais expostas, acrescentando a alegação de mácula de inconstitucionalidade formal dos atos normativos relativos à iniciativa para o processo legislativo do tema.

É o breve relatório da ADI.

4.1.6.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

Desde logo, o relator afirmou que a questão então debatida não comportava maiores discussões.

Do exame dos autos, referiu que, a toda evidência, houve clara intenção do legislador estadual de estabilizar irregularmente servidores contratados em caráter temporário e sem a prévia aprovação em concurso público, bem como de anular os atos administrativos praticados pela reitoria da Fundação Universidade Regional do Rio Grande do Norte que afastaram os servidores contratados excepcionalmente.

De início, também, na perspectiva formal, o Relator aderiu ao aditamento feito pelo Ministério Público, reconhecendo o vício de ordem formal consistente na iniciativa da proposição legislativa ter sido dada pela via parlamentar e não conforme a prescrição do art. 61, § 1, II alínea 'c' da CF.

De outra banda, quanto ao aspecto material, não pairaram dúvidas acerca do desrespeito ao princípio do concurso público plasmado no art. 37, II da CF, porquanto houve a estabilização de servidores contratados apenas temporariamente sem o prévio certame público. Ademais, a situação posta nos autos não deveria se confundir com a circunstância excepcional do art. 19 do ADCT.

Ante estas sucintas razões, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido para o fim de declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º

e 2º da Lei Estadual n. 6.697, de 31.10.1994, modulando, de forma prospectiva, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em vista da necessidade de se resguardar a segurança jurídica, de modo a garantir que os efeitos da decisão só viessem a se produzir a partir de 12 (doze) meses contados da publicação da ata de julgamento, lapso temporal razoável necessário à nomeação e posse de novos servidores a serem recrutados pelo concurso público, evitando-se prejuízo à prestação do serviço público de ensino superior da Fundação Universidade Regional do Rio Grande do Norte. Ficaram ressalvados dos efeitos da decisão os servidores que já estavam aposentados e aqueles que, até a data da publicação da ata do julgamento, já tivessem preenchido os requisitos para o a aposentação, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio.

4.1.7 ADI 3415/AM

4.1.7.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, julgada em 24.09.2015, com pedido liminar, de relatoria do Ministro Teori Zavaski, proposta pelo Procurador-Geral da República para fins de impugnar a validade constitucional de dois diplomas legais do Estado do Amazonas, quais sejam, a Lei n. 2.875, de 20.03.2004 e Lei n. 2.917, de 01.10.2004, que cuidam de plano de cargos, carreira e remuneração e dispõem sobre alterações no quadro permanente de pessoal da Polícia Civil.

A inicial expõe que, por meio da Lei estadual n. 2.875/04, o quadro permanente de pessoal da Polícia Civil do Estado do Amazonas fora reformulado mediante a transposição, para um mesmo grupo ocupacional denominado de ‘autoridade policial’, dos cargos de comissário de polícia e de delegado de polícia. Com isso, ter-se-iam alterado as atribuições originais do cargo de comissário de polícia, previstas na Lei estadual n. 2.634/01, passando esta categoria a se equiparar em termos funcionais e remuneratórios aos delegados de polícia. Outrossim, argumentou-se que a alteração promovida no quadro policial local caracterizou expediente para dissimular a criação de verdadeiros cargos de delegado de polícia, abrindo margem para que antigos ocupantes do cargo de comissário pudessem ascender ao cargo de delegado, em franco atentado ao dever do concurso público, estatuído no art. 37, II da CF.

O caso foi processado na forma do o art. 12 da Lei n. 9.868/99.

Em sequência, o Governador do Estado do Amazonas e a Assembleia Legislativa respectiva prestaram suas informações, defendendo, em conjunto, a constitucionalidade dos diplomas atacados, sob o argumento a reunião dos cargos de comissário e de delegado em

carreira única objetivaria eliminar incongruências no quadro funcional da polícia local, racionalizar o quadro de pessoal e dispensar tratamento isonômico a servidores investidos em cargos com atribuições, requisitos de ingresso e remuneração assemelhados. Diante disso, concluíram pela improcedência do pedido, na medida em que a Lei estadual n. 2.875/04 teria se limitado a positivar situação fático-jurídica já implicitamente consolidada, acrescentando, apenas, inovação remuneratória com vistas a garantir isonomia.

Intimada, Advocacia-Geral da União pronunciou-se pela constitucionalidade dos arts. 5º e 10 da Lei estadual n. 2.875/04, visto que se tratou de mera inclusão de cargos no mesmo grupo ocupacional, bem como as reformulações havidas não implicaram alteração em atribuições funcionais. Nada obstante, reconheceu haver inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio do concurso público, na Lei estadual n. 2.917/04, pois esta unificou os cargos de comissário de polícia de classe única e de delegado de polícia de 5 classe.

Em seguida, o *parquet* opinou pela inconstitucionalidade das normas estaduais sob censura, à vista da efetiva alteração das atribuições do cargo de comissário, tornando-as idênticas às do cargo de delegado.

Em 02.09.2005, o então Relator do processo, Ministro Carlos Britto, admitiu o ingresso, na condição de *amicus curie*, da Associação de Delegados de Polícia do Estado do Amazonas - ADEPOL/AM, a qual se manifestou no sentido da improcedência da ação direta.

É o relatório da ADI.

4.1.7.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

Para fins de análise exauriente de mérito da ação direta, o Ministro Relator expôs seu voto de maneira bastante sistemática, debutando com breve digressão histórica da realidade local do caso.

Explicou, assim, que, até o final do ano de 1992, a investidura no cargo de comissário de polícia dependia apenas de formação de nível médio. Em 23.09.1992, porém, a titulação de comissário restou extinta, ficando os servidores ocupantes do cargo enquadrados na função de investigador de polícia de 1ª classe, por efeito da Lei estadual n. 2.175/92. Em 2001, o cargo de comissário foi restaurado pela Lei estadual n. 2.634/01, criando 173 (cento e setenta e três) postos do tipo, silenciando as atividades a serem exercidas pelos profissionais. Ao contrário do que sucedia no diploma revogado, a investidura agora no cargo de comissário de polícia passou a ter os mesmos requisitos de qualificação do delegado de polícia. Mesmo assim, segundo o Relator, havia distinção remuneratória entre dos cargos em comento. Apenas em

27.02.2003, mediante anômalo Provimento Normativo do Delegado Geral da Polícia Civil n. 006/03, é que se passou a especificar clara e formalmente o conjunto ocupacional das funções a serem cumpridas pelo comissário de polícia. Em 25.03.2004, um dos diplomas impugnados, Lei estadual n. 2.875/04, entre outros pontos, deu novo formato para o ainda recente cargo de comissário, incluindo-o no grupo ocupacional de “autoridade policial”, manteve a organização da categoria em classe única, a carreira de delegado de polícia passou a ser distribuída em 5 (cinco) diferentes classes, bem como trouxe equiparação remuneratória global entre delegados da 5ª classe e comissários. Seguindo, em 01.10.2004, novo diploma, a Lei estadual n. 2.917/04 determinou a transformação de 124 (cento e vinte e quatro) cargos de comissário de polícia existentes em delegado de polícia de 5ª classe, sendo esta a classe de entrada na carreira e, ao mesmo tempo, extinguiu 124 (cento e vinte e quatro) cargos de delegado de 5ª classe.

Após, o Relator abriu novo capítulo do voto, passando a discorrer sobre a exigência de concurso público segundo a jurisprudência do STF.

Interpretando o sentido e o alcance do art. 37, II da CF, destacou que o Tribunal firmou que o concurso público passou a constituir, a partir de 1988, requisito inafastável de acesso aos cargos públicos. Nesse ínterim, os processos de recrutamento de pessoal para cargos efetivos não poderiam mais oferecer seleções preferenciais para os candidatos precedentemente vinculados ao serviço público, excluindo a ampla participação de interessados. Tal situação levou a imaginação legislativa às mais diversas formas de tentar contornar a exigência, entre as quais estava a ascensão, transformação, aproveitamento, enquadramento, transferência, o que somente pôde receber guarida do STF em situações muito específicas.

Ato contínuo, introduziu razões para justificar a existência de diferença hierárquica entre o cargo de comissário, criado pela Lei estadual n. 2.634/01, e o de delegado de polícia, inclusive em vista do teor do próprio Provimento Normativo do Delegado Geral da Polícia Civil n. 006/03, sendo certo que se tratavam de situações distintas a serem consideradas.

Dito isso, passou a propor a resolução do caso propriamente dita. Considerou que, na verdade, as leis atacadas não operaram mera racionalização administrativa nos quadros da polícia do Estado do Amazonas, mas sim rearranjo administrativo incongruente com o dever constitucional do concurso público, mediante o favorecimento de agentes públicos alçados por via legislativa a cargo de maior responsabilidade do que aquele para o qual efetivamente foram aprovados em concurso. Esses motivos, a toda evidência, levaram à inconstitucionalidade total da Lei estadual n. 2.917/04.

E não era apenas isso. A Lei estadual n. 2.875/04 também contemplou inconstitucionalidade, pois operou quebra de hierarquia, em descompasso com o art. 144, § 4º da CF. É dizer, nos termos do Relator, se a Constituição outorgou a uma determinada categoria funcional a competência diretiva das delegacias de polícia civil, descabe ao legislador estadual transferir essa mesma responsabilidade aos integrantes de cargo isolado. Assim, as inconstitucionalidades imputadas à Lei estadual n. 2.875/04 deviam também ser acolhidas.

Em face dessas considerações, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator acima delineado, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual n. 2.917/04, na sua totalidade e, na Lei estadual n. 2.875/04, as expressões “e de comissário de polícia” (art. 5º, V); art. 10, parágrafo único; a expressão “e comissário de polícia” (Anexo III); e de parte do Anexo IV que determina a transposição dos servidores do antigo cargo de comissário de polícia para o novo cargo de comissário de polícia de classe única (PC.COM-U).

A seguir, foram ofertados embargos de declaração tanto pela Assembleia Legislativa como pelo Governador do Estado do Amazonas, julgados em 01.08.2018 e relatados pelo Ministro Alexandre de Moraes, em face do acórdão do plenário acima descrito. Em resumo, no mérito, ambos invocaram razões semelhantes, demonstrando a existência de possíveis omissões no julgado, intenção de efeitos infringentes para revolver a orientação do julgado e preocupação relativa aos efeitos fáticos da declaração de inconstitucionalidade proferida.

Primeiro, sublinhou o novo Relator que o acórdão de mérito da ação direta em comento enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia veiculada na inicial. Nesses vetores, tendo em vista que o acórdão resolveu, em sua plenitude, e com a objetividade que lhe cumpria, a questão jurídica enunciada na inicial, restou vencida essa primeira alegação suscitada em sede de embargos de declaração.

Após, observou que a via dos embargos de declaração não se presta a rediscutir o decidido, não sendo a mera inconformidade com a decisão fundamento para o cabimento dos aclaratórios.

Seguindo, ressaltou que a jurisprudência pacífica do STF reconhece a viabilidade do conhecimento dos embargos de declaração com o fito de viabilizar a apuração da necessidade de modulação da eficácia das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

A respeito do ponto de mérito específico dos aclaratórios, asseverou o Relator que, considerando o intervalo de tempo transcorrido desde a promulgação das leis atacadas (2004)

e os incontáveis atos praticados por servidores investidos nos cargos de delegado de polícia cuja gênese foi tida por inconstitucional, surgia, inevitavelmente, o interesse em resguardar as atividades de persecução penal desenvolvidas, bem como suas consequências para efetividade da justiça criminal. As cláusulas de segurança jurídica implícitas na CF referendaram plenamente a confiança nas atividades prestadas sob presunção de legitimidade, e autorizaram a sua convalidação.

Havia de ser considerado, também, que a reformulação em direção ao estado de constitucionalidade do caso em curto prazo possuía óbice na circunstância desfavorável referida pelo Estado do Amazonas relativa à impossibilidade de incremento de despesas com pessoal determinada pela Lei de Responsabilidade fiscal, o que fez admitir a permanência no exercício dos cargos de delegado de polícia, a fim de evitar que o serviço público essencial fosse sacrificado.

Dessa forma, após as discussões de praxe relativas à modulação, o Tribunal, ao final, por unanimidade e na forma do voto do Relator, rejeitou os embargos de declaração opostos pela Assembleia Legislativa do Amazonas e acolheu parcialmente aqueles oferecidos pelo Governador do Estado para o fim de: (i) esclarecer que são plenamente válidos os atos praticados nos cargos de delegado de polícia criados, mediante o rearranjo administrativo inconstitucional, pela Lei estadual n. 2.917/04 e Lei estadual n. 2.875/04, dando por boas todas as consequências jurídicas e (ii) diferir, em 18 (meses) a partir da publicação da ata de julgamento, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade das leis em questão, período dentro do qual o Estado do Amazonas poderia programar-se, nos planos administrativo e orçamentário, para o cumprimento da decisão proferida. Restou vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitiu a modulação.

4.2 ADVOCACIA, TUTELA DE DIREITOS EM JUÍZO E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Este segundo critério de reunião de processos objetivos tem como filtro situações relacionadas, direta ou indiretamente, com exercício da função jurisdicional do Estado, representadas pela advocacia, a tutela de direitos em juízo, bem como a assistência judiciária.

4.2.1 ADI 4270/SC

4.2.1.1 *Do resumo do processo*

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Associação Nacional

dos Defensores Públicos – ANADEP²³⁸ e Associação Nacional dos Defensores Públicos da União – ANDPU²³⁹ e julgada em 14.03.2012, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que teve por objeto o art. 104 da Constituição catarinense de 1989 e sua regulamentação dada pela Lei Complementar estadual n. 155/97. Referida legislação autorizava a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina (OAB/SC) a prestar assistência judiciária em substituição à Defensoria Pública, culminando, em última análise, no caso do estado-membro em apreço, tendo em vista a ausência à época de cargo de defensor público na estrutura administrativa do Estado de Santa Catarina, na prestação ampla e irrestrita de assistência jurídica por advogados particulares sem qualquer processo seletivo institucionalizado.

À vista desse quadro contextual, as associações requerentes arguíram a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, aduzindo que: **(i)** seus conteúdos, desde logo, vão de encontro à obrigação constitucional de criação e manutenção de serviço público de assistência jurídica por meio de órgão próprio do Estado (art. 5º, LXXIV, art. 134, *caput* e parágrafos 1º e 2º da Constituição da República); **(ii)** a violação da norma constitucional de competência do art. 134, regulamentada pela LC 80/1994, na medida em que, nesta última (arts. 110 e 112), consta previsão expressa a respeito da criação do cargo de defensor público, a ser preenchido mediante aprovação em regular concurso público, e **(iii)** as requerentes sustentaram a inobservância ao princípio da simetria em relação à Lei Complementar estadual n. 155/97, pois, ao tratar da defensoria, apresenta matéria de iniciativa legislativa privativa do Chefe de Estado, na esteira do art. 61, § 1º, II, alínea ‘d’ da Constituição.

Foram prestadas informações pelo Governador e pela Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, explicando a metodologia da assistência judiciária implantado na unidade da federação.

Tanto o Advogado-Geral da União como o Procurador-Geral da República aderiram à argumentação em favor da inconstitucionalidade, reiterando a omissão do Estado de Santa Catarina e a necessidade de observância da LC n. 80/1994.

Houve participação, na condição de *amicus curie*, das seguintes entidades e pessoas: Conectas Direitos Humanos, Instituto Pro Bono, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina e Associação Juízes para a Democracia.

²³⁸ Cf. sítio institucional, disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/inicial>>, acesso em: 26 dez. 2017.

²³⁹ Esta associação, desde 2009, a partir da Lei Orgânica da Defensoria Pública, passou a se chamar **Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEF**. Cf. sítio institucional, disponível em: <<http://www.anadef.org.br/institucional/quem-somos>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

4.2.1.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

Superada a caracterização positiva da pertinência temática das requerentes (art. 103, IX da CF), passou o Relator, Ministro Joaquim Barbosa, a explicitar as razões de seu convencimento para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Embora não seja o único motivo para procedência da demanda objetiva, inicialmente, denunciou a manifesta inconstitucionalidade formal da Lei Complementar estadual n. 155/97 por ofensa, à luz da simetria, à iniciativa legislativa exclusiva do Governador de Santa Catarina para dispor sobre organização da Defensoria Pública estadual.

No mérito propriamente dito, discorreu sobre os mandamentos constitucionais dirigidos ao legislador estadual abaixo transcritos:

Art. 5º (...)

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Nesse sentido, segundo o Relator, as respostas quanto ao modo de operacionalizar tais dispositivos mandamentais foram trazidas pela LC n. 80/1994, que, em seus arts. 110 e 112, instituiu o provimento de cargos de defensor pelo concurso público. Assim, na verdade, aquilo que seria o retrato de parceria meramente suplementar de auxílio da OAB local para pleno atendimento à assistência judiciária aos mais necessitados, no caso em tela, ao contrário, a seccional cumpria verdadeiro papel protagonista e principal, porquanto, inexistindo Defensoria Estadual, restava a atividade apenas aos advogados dativos indicados pela OAB/SC, a serem remunerados, inclusive a própria seccional, na forma da dita Lei Complementar estadual n. 155/97.

Ao que se vê da defesa dos dispositivos impugnados, não há nenhum dado concreto jurídico a ampará-la. Vale dizer: ao contrário do que se afirmou pela defesa, não há como sustentar a existência de satisfação plena do serviço jurídico até então prestado, tampouco pode-se olhar a questão apenas sob o viés estatístico ou da mera economicidade na ausência de criação de Defensoria Pública local²⁴⁰. Levar a efeito a manutenção do *status quo*, nas

²⁴⁰ Destacou o Relator, nesse sentido, *in litteris*: “A seccional da OAB naquele Estado supostamente cumpre o papel que seria da defensoria. Não há outra defensoria em Santa Catarina. Há apenas os advogados dativos indicados pela OAB (p. 09). (...) Não se pode ignorar, também, que, enquanto o defensor público integrante de

palavras do Relator, implicaria também dar vazão à natural diminuição do trabalho a ser prestado, bem como os esforços de incremento da cultura da resolução extrajudicial das demandas visando à pacificação social. Ressaltou, ainda, o drama da população carcerária catarinense, que, além de conviver com as péssimas e consabidas condições estruturais dos presídios, não contavam com plena assistência judiciária, ao contrário do que poderia ocorrer com a institucionalização da Defensoria Pública estadual.

Em suas palavras:

Em resumo, a situação em Santa Catarina, além de severo ataque à dignidade do ser humano, cuja proteção, sob o ângulo do direito de acesso à justiça, passa variar de acordo com a sua localização geográfica no território nacional, representa, em minha opinião, grave desrespeito a uma ordem do constituinte, que não se limitou à exortação genérica do dever de prestar assistência judiciária, mas descreveu, inclusive, a forma que deve ser adotada na execução desse serviço público, não dando margem a qualquer liberdade por parte do legislador estadual. Essa, em linhas gerais, a lição que pode ser extraída da jurisprudência desta Corte, que já se debruçou sobre situações análogas que envolviam a desvalorização da defensoria pública, **tendo concluído, em todas essas ocasiões, pela necessidade imperiosa de dotar o serviço de assistência judiciária de boas e estáveis condições de trabalho, por meio da criação de instituição estatal própria, independente e organizada em carreira.** (...) (p. 12) (Grifou-se)

Essa situação, portanto, a toda evidência, subvertia todo o arranjo institucional determinado pela Constituição da República, não podendo, por isso, prosperar com a sua manutenção, motivo pelo qual a ação de inconstitucionalidade foi julgada procedente.

Superado o mérito, instalou-se discussão a respeito da possibilidade ou não de fixação, pelo Supremo Tribunal Federal, de prazo para que o Estado de Santa Catarina adotasse as medidas de criação e manutenção da Defensoria Pública estadual, bem como qual a proporcionalidade a ser observada para tanto. Dando concretude a sua decisão e constatando que, por vezes, “o fato consumado no Brasil tem uma força incrível, maior do que a da Constituição Federal!” (Ministro Marco Aurélio, p. 37 da decisão), o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da ação (14.03.2012) para a institucionalização da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina estruturada e capacitada, nos exatos termos previstos na Constituição da República e na legislação complementar.

carreira específica dedica-se exclusivamente ao atendimento da população que necessita dos serviços de assistência, o advogado privado convertido em defensor dativo certamente prioriza, por uma questão de limitação da jornada de trabalho, os seus clientes que podem oferecer uma remuneração maior do que aquela que é repassada pelo Estado, a qual observa a tabela de remuneração básica dos serviços de advogado. Essas observações sugerem que a questão da criação de um serviço de assistência judiciária não pode ser vista apenas sob o ângulo estatístico e muito menos da perspectiva da mera economia de recursos” (p. 10).

Ao final, o julgamento, histórico para luta pela efetivação institucional da Defensoria Pública no país, restou assim ementada:

Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. **Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, 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).**²⁴¹

4.2.2 ADI 3022/RS

4.2.2.1. Do resumo do processo²⁴²

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral da República e julgada em 02.08.2004, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em que se arguiu a inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul²⁴³, bem como a alínea ‘a’ do Anexo II da Lei Complementar gaúcha n. 10.194/94²⁴⁴, dispositivos que, conjugados, incluem nas atribuições da Defensoria Pública Estadual a assistência judicial aos servidores públicos estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4270. Requerentes: Associação Nacional dos Defensores Públicos e Associação Nacional dos Defensores Públicos da União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 14mar. 2012. DJe 25 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4270%2E+NUME%2E%29+OU+%28ADI%2E+ACMS%2E+ADJ2+4270%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/axadc3>>. Acesso em: 30 jul. 2017. (Grifou-se)

²⁴² O entendimento sedimentado nesta ADI subsidiou juridicamente outras situações com o mesmo conjunto fático, podendo-se citar, a título de exemplo, expediente interno no parquet federal: voto n. 2713-2011, Procedimento MPF n.: 1.00.000.006882-2011-22, 2 Câmara de Coordenação e Revisão.

²⁴³ Art. 45. O servidor público processado, civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções terá direito a assistência judiciária pelo Estado. (Vide ADI n.º 3022/STF, DJ de 04/03/05).

²⁴⁴ ANEXO II

Categoria: Defensor Público

Classes: Inicial, Intermediária, Final e Especial

ATRIBUIÇÕES:

a) Descrição Sintética:

Prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, na forma da lei, bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais; as funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive, contra as pessoas jurídicas de Direito Público; (Declarada a inconstitucionalidade do dispositivo na ADI n.º 3022).

atribuições funcionais.

No entendimento ministerial, à luz do que estatui o *caput* do art. 134 c/c o disposto no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal, o acréscimo da atribuição em comento não encontra respaldo constitucional, tendo em vista, especialmente, a missão precípua e original de assistência jurídica aos hipossuficientes da Defensoria Pública.

Convertido o rito da ação para o art. 12 da Lei n. 9.868/98, o Relator solicitou informações e colheu as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Em suas razões, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul ratificou a regularidade do trâmite do projeto da lei impugnada, asseverando, na oportunidade, que, tendo em vista o fato público e notório acerca das dificuldades salariais enfrentadas pelos servidores públicos estaduais, o que a lei garantiu foi exatamente a garantia da ampla defesa.

Em seguida, o Advogado-Geral da União concordou com as razões justificadores da inconstitucionalidade. Entretanto, sob o viés prático, apontou que a declaração de inconstitucionalidade pura e simples geraria prejuízo injustificado para as partes interessadas, considerando, alternativamente, a ausência desta previsão legal de atribuição para Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, a exemplo do que ocorre na seara federal (vide hoje revogado art. 22 da Lei n. 9.028/95). Sugeriu, portanto, ante os imperativos de segurança jurídica, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Finalmente ouvido, rechaçou essa tese o Procurador-Geral da República, denunciando os problemas surgidos com os dispositivos impugnados, na medida em que, na maioria das vezes, o Estado seria responsável pelo patrocínio de servidores faltosos ou corruptos, desbordando os limites do espírito constitucional pensado para Defensoria Pública.

4.2.2.2 *Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro*²⁴⁵

Trazendo exemplos concretos já apreciados pelo Supremo Tribunal Federal (vide QO no AI 237.400, RE 147.776, RE 213.514, RE 135.325), o Relator demonstrou a interpretação vigente a respeito da dimensão subjetiva do direito fundamental à assistência jurídica. A questão do caso em tela, nada obstante, impôs a discussão da dimensão objetiva das regras

²⁴⁵ Vide comentários de mérito desta ADI em: ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 107-110 e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 668-669.

constitucionais sobre assistência judiciária e organização das Defensorias Públicas.

Apontou-se que a questão já teria solução preliminar em vista da inobservância da regra de reprodução obrigatória nas constituições estaduais, dado que a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, como se viu, neste particular, excede a finalidade e o padrão predefinido pela Constituição da República, extrapolando o modelo institucional proposto pelo constituinte originário. Em que pese, nas palavras do Relator,

(...) pode-se argumentar que em nada a assistência jurídica gratuita tenha sido prejudicada pelo acréscimo de atribuições contido na legislação gaúcha (...), a atribuição de quaisquer outras atribuições à Defensoria tende a desvirtuar sua missão institucional vinculada à concretização de um direito específico, cujo fim último é a democratização do acesso à justiça. (p. 04-05 do acórdão)

Nessa ordem de ideias, a instituição legal e, portanto, genérica e indistinta, de mais esta atribuição à Defensoria corrompe o sistema institucional concebido, de modo que a alegação da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul sobre a falta de recursos dos servidores estaduais deve ser acolhida com ressalvas, pois, embora muitos efetivamente não tenham vida de luxo, mesmo os menores graus hierárquicos da Administração Pública jamais poderão ser comparados à severidade da miséria que assola a população mais necessitada.

Por essas razões, concluiu o Relator pela procedência da demanda, declarando-se a inconstitucionalidade da expressão “bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais”, constante na Alínea (a) do Anexo II da Lei Complementar gaúcha n. 10.194/94. Manteve-se, entretanto, à unanimidade, a constitucionalidade do art. 45 da Constituição do Rio Grande do Sul, por se entender que o dispositivo citado pode ser interpretado como assistência jurídica ampla, no sentido de tutelar o servidor, quando no exercício regular, pelo ato praticado em nome da própria Administração também interessada na defesa de suas condutas.

Uma vez superada, no mérito, a inconstitucionalidade, mereceu nota, por conseguinte, a advertência da Advocacia-Geral da União a respeito dos inconvenientes práticos da declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*. Efetivamente, no momento de processamento e julgamento da demanda, não há como simplesmente se desconsiderar a gravidade do prejuízo aos interessados, já que os dispositivos certamente já haviam sido usados como fundamentação para defesa de servidores estaduais.

Por estas razões, atribuiu-se, com base no art. 27 da Lei n. 9.868/98, o efeito dessa decisão a partir do dia 31 de dezembro do ano de seu julgamento (2004), restando vencidos

parcialmente os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio apenas nesse ponto.

4.3 FINANÇAS PÚBLICAS E PREVIDÊNCIA

Aqui, neste terceiro critério, reuniu-se os processos em razão de temas em que se sobressai a questão financeira do Estado em termos amplos, incluindo desde a tributação até situações de ordem previdenciária.

4.3.1 ADI 3628/AP

4.3.1.1 *Do resumo do processo*

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, julgada em 08.03.2018, com pedido de medida cautelar, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, ajuizada pelo Governador do Estado do Amapá, tendo como interessada a Assembleia Legislativa do referido Estado.

Denunciou o requerente a inconstitucionalidade do art. 110, parágrafo único da Lei n. 915, de 18 de agosto de 2005, que trata do regime próprio de previdência social dos servidores estaduais e da entidade de previdência. Afirmou, nesse contexto, que na condição de Governador, encaminhou o projeto de lei em referência, tendo sido acrescido o parágrafo único então questionado por meio de emenda parlamentar, o qual foi vetado, mas mantido, após, pela Assembleia Legislativa. Dessa forma, indicou que a assunção do pagamento de benefícios previdenciários concedidos, inicialmente pelo Estado, e então pelo Regime Próprio de Previdência Social Estadual afrontava princípios constitucionais inseridos no art. 40, *caput* da CF, os quais determinam a obrigatória observância de critério que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial na criação e administração dos regimes próprios de previdência social. Por fim, alertou que houve ofensa à reserva de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para tratar sobre matéria de organização e funcionamento da Administração Pública (art. 61, § 1º, II, 'b' e 'c' da CF).

Foi aplicado o art. 12 da Lei n. 9.868/99.

A Assembleia Legislativa do Estado do Amapá prestou suas informações. Na oportunidade, referiu a existência de contribuição dos servidores do antigo regime de previdência de titularidade do Instituto de Previdência do Estado do Amapá repassada à Amapá Previdência. Ainda, rechaçou a alegação de violação ao art. 195, § 5º da CF, porque não ocorreu qualquer criação, majoração ou extensão de benefício de aposentadoria ou pensão. Finalmente, desacreditou a alegação de vício formal de inconstitucionalidade, ao argumento

de que o projeto obedeceu a reserva de iniciativa, sendo lícita a emenda parlamentar acrescida.

A Advocacia-Geral da União, primeiro, teceu histórico do sistema de previdência do Estado do Amapá e defendeu a constitucionalidade forma do dispositivo atacado.

Em seu parecer, o *parquet* opinou pela procedência do pedido exatamente por entender que a assunção, pela Amapá Previdência, do pagamento de benefício de aposentadoria e pensão até então integralmente realizado pelo Tesouro Estadual, implicava desequilíbrio financeiro e atuarial do regime de previdência, caracterizando descompasso com o art. 40, *caput* e art. 195, § 5º, ambos da CF.

É o relatório da ADI.

4.3.1.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

Como relatado, cuidou-se de ação direta de inconstitucionalidade em que se questionou a validade de dispositivo que autorizava a transferência para a Amapá Previdência da responsabilidade pelo pagamento de benefícios de aposentadoria e pensão que tivessem sido concedidos por qualquer dos Poderes do Estado, pelo Ministério Público ou pelo Tribunal de Contas durante o período de vigência do Decreto n. 87, de 06.06.1991, e que estivessem sendo suportados exclusiva e integralmente pelo Tesouro Estadual.

Nos termos do voto do Relator, inicialmente, viu-se que o caso demandou breves considerações sobre o desenvolvimento do sistema de previdência pública do Estado do Amapá, tendo sido acolhidas, nesse particular, as informações trazidas pela Assembleia Legislativa, nos seguintes dizeres:

Através do Decreto (N) n.º 0087, de 06 de junho de 1991 (Anexo II) - aquele mesmo ao qual se refere o dispositivo cuja constitucionalidade está sendo questionada - foi criado o Instituto de Previdência do Estado do Amapá - IPEAP.

Na sequência, foi editado o Decreto (N) nº 0137, de 09 de setembro de 1991 (Anexo III), que aprovou o Estatuto da referida entidade e sua estrutura organizacional.

Nesse contexto normativo aquela entidade de previdência, entre outras disposições constantes do Decreto (N) nº 0137, de 09 de setembro de 1991:

- elevou à condição de segurados obrigatórios todos os servidores públicos do Estado do Amapá (art. 5º);

- estabeleceu benefícios: pensão, pecúlio, auxílios natalidade e auxílio-reclusão (art. 15 c/c arts. 17 ao 20);

- fixou as fontes de custeio (art. 25) e a forma de arrecadação (art. 26)

Esdrúxulo quanto possa parecer, o referido Instituto de Previdência não cuidou da aposentadoria dos seus segurados, ficando o ônus decorrente do pagamento de tal benefício à conta do Tesouro Estadual, exclusivamente, o que se estabeleceu com fundamento no art. 254 da Lei nº 066, de 3 de maio de 1993 (Anexo IV), que instituiu o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Amapá, de suas Autarquias e Fundações Públicas, e que assim dispunha, *verbis*:

‘Art. 254 - As despesas decorrentes com aposentadorias serão de responsabilidade

integral do Governo do Estado do Amapá.’ [Destaquei.]

Tal cenário somente veio a sofrer alteração significativa com o advento da Lei nº 448, de 7 de julho de 1999 (Anexo V), que criou ‘o Sistema Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, ativos e inativos e dos pensionistas do Estado do Amapá’.

Refletindo, ainda que apenas parcialmente, as inovações introduzidas no sistema de previdência social pátrio com a Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, aquela lei estadual extinguiu o até então existente Instituto de Previdência do Estado do Amapá - IPEAP, transferindo todo o seu ativo, na mesma ocasião, à entidade que o sucedeu: a Amapá Previdência — AMPREV, segundo dicção do seu próprio texto, verbis:

‘Art. 74 — Fica extinto o Instituto de Previdência do Estado do Amapá - IPEAP, criado pelo Decreto (N) Nº 0087, de 06 de junho de 1991, e transferido todo o seu ativo em todas as suas formas e a quaisquer títulos para a AMAPÁ PREVIDÊNCIA, criada nesta Lei.’ [Destaquei.]

(...)

Por fim, mais recentemente, em decorrência desta feita das novas alterações inseridas no Sistema Previdenciário pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, o Governador do Estado encaminhou projeto de lei à Assembleia Legislativa, dispondo novamente sobre o Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Amapá e sobre a entidade de Previdência, o qual, após receber o tratamento legislativo adequado à espécie, foi convertido na Lei nº 915, de 18 de agosto de 2005, em cujo texto foi introduzido dispositivo decorrente de emenda parlamentar, mais precisamente o parágrafo único do art. 110, cuja inconstitucionalidade se pretende ver declarada por via da ação aqui enfrentada.

Segundo o Relator, portanto, era necessário reconhecer que os servidores do Estado do Amapá, durante a vigência do Decreto n. 87, de 06.06.1991, faziam parte de um regime previdenciário não contributivo, sendo o benefício de aposentadoria arcado integralmente pelo Estado. Tendo a realidade mudado, consignou o Relator, o repasse da responsabilidade desses benefícios para o regime próprio de previdência social do Estado do Amapá, sem o correspondente custeio, acarretaria severo déficit ao sistema.

Relembrou, a propósito, que, após a EC 41/03, a CF passou a impor de forma expressa a necessidade de contribuição dos servidores em problema da manutenção do sistema previdenciário, o que guarda consonância com a nova redação do art. 40, *caput* da CF, que referenda o caráter necessariamente contributivo e solidário do regime próprio de previdência, além de ter determinado a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial. É nessa toada que a lei impugnada foi criada, visando à promoção e adequação da legislação estadual às exigências de ordem constitucional, mediante o custeio por meio de contribuições dos servidores ativos e inativos, pensionistas, pela própria Administração Pública, bem como outras fontes alternativas.

Nesse passo, sublinhou, a inclusão do dispositivo impugnado, via emenda parlamentar, sem qualquer indicação de fonte de custeio total, destoava completamente do regime contributivo e contábil previsto no projeto legislativo original, o que fez concluir pela grave ofensa à regra de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema próprio de previdência, devendo,

pois, ser reconhecida a inconstitucionalidade material do dispositivo atacado.

De outra banda, entendeu o Relator que a inconstitucionalidade formal arguida pelo requerente não deveria prosperar. Isso porque, com base na reiterada jurisprudência, a Lei n. 915/05 é oriunda de proposição legislativa impulsionada pelo próprio Governador do Estado, devendo ser considerado que só se deve reputar inconstitucional eventual emenda parlamentar a projetos de iniciativa exclusiva se dela resultar aumento de despesa pública ou se a emenda for totalmente impertinente à matéria versada no projeto.

Relativamente à modulação de efeitos, decorrência natural da orientação de mérito da decisão, a fim de evitar o risco de descontinuidade no pagamento dos benefícios previdenciários de aposentadoria e pensão de que trata o dispositivo então declarado inconstitucional, propôs-se a adoção de efeitos prospectivos à decisão, de modo que a decisão passasse a produzir seus efeitos somente a partir de 6 (seis) meses da data do julgamento, sendo esse período tempo hábil para que todos os órgãos estaduais envolvidos cumprissem a decisão proferida e regularizassem a situação perante a Amapá Previdência.

À vista de todas estas razões trazidas, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 110, parágrafo único da Lei 915/05 do Estado do Amapá, vencidos os Ministros Teori Zavaski, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Ainda, o Tribunal modulou a decisão, a fim de que seus efeitos se produzissem tão somente a partir de 6 (seis) meses contados da data da publicação da ata de julgamento. Vencido o Ministro Marco Aurélio quanto à modulação dos efeitos da decisão.

4.3.2 ADI 4425/DF

4.3.2.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta, com pedido liminar, proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e julgada definitivamente em 25.03.2015, de Relatoria do Ministro Ayres Britto (ADI 4357 apensada), na qual se postulou a declaração de inconstitucionalidade do art. 100, §§ 9º e 12 da Constituição da República; do art. 97 do ADCT, todos com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 62/09, além dos arts. 3º, 4º e 6º da referida Emenda.

Os vários vícios alegados pela requerente podem ser assim resumidos (p. 09-10 do Acórdão):

I – art. 97 do ADCT (acrescentado pelo art. 2º da EC 62/2009): a possibilidade

de o Poder Público dilatar por quinze anos a completa execução das sentenças judiciais transitadas em julgado significaria desrespeito às garantias do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário (inciso XXXV do art. 5º da CF) e da razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º do CF), além de afrontar a autoridade das decisões judiciais já insuscetíveis de recurso e os princípios do Estado de Direito, da igualdade e da proporcionalidade. Ademais, haveria desrespeito ao princípio da separação dos Poderes, porque a “moratória estabelecida para o pagamento da indenização devida pelo Estado enquanto administração (Poder Executivo), significa fracionar a execução definida e viabilizada por outro poder estatal: o Poder Judiciário. Em outros termos, fica o Poder Executivo imune aos comandos emitidos pelo Poder Judiciário”. Haveria ainda incorrido a EC 62/2009 em violação à coisa julgada, pois “uma dívida que, segundo a sentença transitada em julgado, estava vencida sendo juridicamente exigível de imediato e por inteiro, não pode por lei posterior, nem de hierarquia constitucional, ser dividida em parcelas anuais”;

II – § 9º do art. 100 da CF: ao tornar obrigatória a compensação do crédito a ser inscrito em precatório com “débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora”, os novos dispositivos constitucionais violariam os direitos de liberdade, segurança jurídica e igualdade dos indivíduos (caput do art. 5º da CF). É que “o credor, depois de longo tempo de espera, poderá não receber o que lhe é devido, na eventualidade de existirem débitos passíveis de compensação”. Compensação que “é obrigatória e de mão única: estabelece-se apenas em favor da Fazenda. Não há garantia, pois, de reciprocidade de tratamento em prol do particular, quando colocado na condição de devedor e ao mesmo tempo credor do Estado”;

III – § 12 do art. 100 da CF, inciso II do § 1º e § 16, ambos do art. 97 do ADCT: esses dispositivos, acrescentados pela Emenda Constitucional 62/2009, violariam a garantia constitucional da coisa julgada (inciso XXXVI do art. 5º da CF) e o princípio da moralidade (caput do art. 37 da CF). É que os membros do Poder Judiciário perderão a autonomia para fixar o critério que considerem adequado para atualização do débito, atingindo, de igual forma, as sentenças judiciais já prolatadas. Ademais, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança “cria distorções em favor do Poder Público, na medida em que enquanto devedor os seus débitos serão corrigidos pela TR e, na condição de credor, os seus créditos fiscais se corrigem por meio da Selic”.

Adotado o trâmite do art. 12 da Lei n. 9.868/99, notificados, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados prestaram suas informações. Também, foi dada vista à Advocacia-Geral da União, que pugnou, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência da demanda. Já o Procurador-Geral da República, ao seu turno, opinou pela procedência do pedido e, acaso superada a inconstitucionalidade formal relativa à votação da Emenda Constitucional n. 62/09, pela parcial procedência, a fim de que fosse declarada a inconstitucionalidade do art. 97 do ADCT, com a redação dada pela referida Emenda.

Após, admitido o Estado do Pará na condição de *amicus curiae*, foram os autos submetidos à deliberação ao Plenário.

4.3.2.2 *Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro*²⁴⁶

Embora o julgamento de mérito tenha sido suspenso e postergado para futuras sessões, em virtude da ausência de parte do colegiado para atividades na seara eleitoral, o Relator rechaçou desde logo a preliminar de não conhecimento arguida pela Advocacia-Geral da União. Uma vez que o art. 97, §§ 1º e 2º do ADCT faz remissão aos demais dispositivos, tendo sido aquele exaustivamente combatido na petição inicial, ficam os demais dispositivos referidos sucumbidos pela inconstitucionalidade por arrastamento, o que impôs o desacolhimento da preliminar.

Quando da retomada do julgado pelo Plenário, passou-se, então, ao mérito propriamente dito.

Nos termos do Relator, ao examinar as disposições constantes do art. 100, §§ 9º e 10 da Constituição da República, como se sabe, tais previsões garantem, entre tantas outras, uma prerrogativa processual em favor do Estado, positivando a obrigatoriedade de verificação e efetivação de compensação de crédito antes da expedição dos precatórios. A medida, de caráter automático e unilateral, vulnera a coisa julgada e embaraça a efetividade da prestação jurisdicional, pois, para além do próprio benefício do sistema de precatórios para pagamento de débitos da Fazenda Pública e da conhecida morosidade das demandas judiciais, há possibilidade objetiva da frustração creditícia ao arrepio do devido processo legal. Ainda, afigura-se desproporcional, com reflexões na separação de poderes, esse tipo de conformação normativa, na medida em que, sem dúvida, a Fazenda Pública dispõe de outros meios igualmente eficazes para exação de seus créditos tributários e não-tributários. Trazendo ressignificação a estas compreensões, em especial a isonomia, o Relator assentou uma noção cada vez mais presente na seara pública, qual seja, a verdadeira mitigação da tradicional supremacia do interesse público sobre o privado, declarando inconstitucional, também, pelas mesmas razões, o art. 97, § 9º, II da Constituição da República.

Seguindo, passou-se a aduzir as motivações que apontam a inconstitucionalidade art. 100, § 12 da Constituição da República, o qual adotou, como referência para correção monetária e compensação de mora, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança. Pautado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Relator explicou a correção monetária, apontado que referido instituto jurídico-constitucional tem por objetivo

²⁴⁶ A propósito das argumentações trazidas ao julgamento, especialmente no que diz com a modulação de efeitos do caso, vide reflexões em STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Cap. 21.

“mudar o valor nominal de uma dada obrigação de pagamento em dinheiro, para que essa mesma obrigação de pagamento não mude quanto ao seu valor real” como forma de “preservação do valor real de um determinado, constitucionalmente protegido e redutível a pecúnia” (p. 09 do Acórdão), promovendo, assim, o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes jurídicas. Sucede que

(...) o reajuste a ser aplicado há de corresponder ao preciso índice de desvalorização da moeda, ao cabe de certo período; quer dizer, conhecido que seja o índice de depreciação do valor real da moeda – cada período legalmente estabelecido para a respectiva medição -, é ele que por inteiro vai recair sobre a expressão financeira do instituto jurídico protegido com a cláusula de permanente atualização monetária” (p. 10 do Acórdão).

Entretanto, como já assentado pelo próprio Supremo Tribunal Federal (vide ADI 493), o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança não reflete a perda de poder aquisitivo da moeda. Portanto, tendo em vista que o art. 100, § 12 da Constituição da República findou por artificializar o conceito de atualização monetária, concluiu-se, neste particular, que o índice instituído pela Emenda Constitucional n. 62/09 implicava indevida e intolerável constrição à eficácia da atividade jurisdicional, com repercussões na coisa julgada e a separação dos Poderes, motivo pelo qual foi declarado inconstitucional o citado dispositivo e, por reverberação, o art. 97, § 1º, II e § 16 do ADCT. Quanto aos juros de mora, o já citado art. 100, § 12, determinava que “incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança” após a expedição do precatório, inclusive os concernentes à restituição tributária até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza. À luz do RE 453.740, o Relator entendeu também inconstitucional para que se aplicassem aos precatórios de natureza tributária os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

Em seguida, passou-se ao exame do art. 100, § 15 da Constituição da República e art. 97 do ADCT, que possibilitou à lei complementar estabelecer um regime especial para o pagamento de precatórios pelo Estado, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida, forma e prazo de liquidação. Sistemáticamente, conforme apontou o Relator (p. 17-18 do Acórdão), na falta de lei complementar, restou disciplinado pelo art. 97 do ADCT, nos seguintes termos:

I – ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios foi aberta a opção entre dois “modelos” de regime especial de pagamento de precatórios (§ 1º);
II – o primeiro dos “modelos” (inciso I do § 1º) opera da seguinte forma: os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *“para saldar os precatórios, vencidos e a*

vencer”, “*depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas*” (§ 2º). Percentuais que variam de 1 a 2 conforme a região em que localizadas as unidades da Federação e o estoque de precatórios em atraso (incisos I e II do § 2º). Este modelo de regime especial “*vigorarà enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados*”, depositados na conta especial (§ 14);

III – o segundo “modelo” funciona assim: Estados, Distrito Federal e Municípios dispõem do prazo de 15 (quinze) anos para pagamento dos precatórios. O valor a ser anualmente depositado na conta especial corresponde “*ao saldo total dos precatórios devidos*”, “*dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento*”. Modelo de regime especial que findará, portanto, no “*prazo fixo de até 15 (quinze) anos*” (parte final do § 14);

IV – os “modelos” de regime especial de pagamento de precatórios, como visto, diferem quanto ao prazo de duração e quanto ao montante depositado na conta especial. Igualam-se, porém, na forma de liberação dos recursos depositados aos credores. Em primeiro lugar, “*as contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º serão administradas pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais*” (§ 4º). Pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos recursos depositados na conta “*serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação*” (§ 6º). A aplicação da outra metade “*dependerá de [nova] opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ato do Poder Executivo*” (§ 8º). As alternativas, a serem aplicadas isolada ou simultaneamente, são as seguintes: a) leilão (inciso I do § 8º), realizado “*na modalidade deságio, associado ao maior volume ofertado cumulado ou não com o maior percentual de deságio, pelo maior percentual de deságio, podendo ser fixado valor máximo por credor, ou por outro critério a ser definido em edital*” (inciso VII do § 9º); b) pagamento à vista, “*em ordem única e crescente de valor por precatório*” (inciso II do § 8º); c) “*pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação*” (inciso III do § 8º);

V – por fim, é de se frisar que, “*enquanto Estados, Distrito Federal e Municípios devedores estiverem realizando pagamentos de precatórios pelo regime especial, não poderão sofrer sequestro de valores, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e o § 2º deste artigo*” (§ 13). Caso em que, além do sequestro, incidirão as consequências previstas no § 10 do art. 97 do ADCT.

Acolhendo a tese do requerente mais uma vez, o Relator entendeu que ambos os modelos de regime especial de pagamento de precatórios “foram concebidos com menosprezo à própria ideia central do Estado Democrático de Direito” (p. 19 do Acórdão). Isso porque a Emenda Constitucional n. 62/09, segundo o Relator, popularmente alcunhada com correção de “emenda do calote” (p. 22), subverteu os princípios vários dos mais nobres do Estado brasileiro, prolongando por mais 15 (quinze) anos o cumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado em desfavor do Poder Público, cumprimento este que, como se sabe, já fora prorrogado por um decênio pela Emenda Constitucional n. 30/2000, além, é óbvio, da natural e conhecida morosidade de Poder Judiciário, afetando-se sobremaneira a efetividade da jurisdição. Já o primeiro modelo não tem prazo para acabar, na medida em que o montante de recursos a ser depositado está limitado a um irrisório percentual da receita líquida corrente da devedora pública, presume-se que fila de precatórios tende a se agravar ainda mais. Assim,

foi também reconhecida a inconstitucionalidade do art. 100, § 15 e de todo o art. 97 do ADCT.

Essas são, em resumo, as razões que determinaram o Tribunal a, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, julgar parcialmente procedente a ação direta, nos termos da exposição, restando vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Dias Toffoli, que a julgavam totalmente improcedente, e os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que a julgavam procedente em menor extensão.

Superadas as razões de mérito do julgado para parcial procedência da ação direta, foi suscitada a questão de ordem na mesma ADI, aventando a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Com efeito, conforme destacou o novo Relator, Ministro Luiz Fux, dado o jubramento do Ministro Ayres Britto, a sistemática trazida pela Emenda Constitucional n. 62/09, então declarada inconstitucional, entrou em vigor e surtiu efeitos, sendo aplicada em todo o território nacional e estados-membros, havendo, portanto, a necessidade de respeito a situações consolidadas ao longo do tempo, bem como à programação orçamentário-financeira dos estados e municípios pautadas com base na referida Emenda. O caso dos autos é uma excepcionalidade na qual a aplicação irrestrita e cega da nulidade da norma inconstitucional representa “antes que um remédio – um verdadeiro agravamento da ofensa aos valores fundamentais mais básicos do sistema constitucional” (p. 04 do Acórdão), motivo pelo qual se faz imperativa a acomodação otimizada de valores constitucionais conflitantes.

Reconhecida essa normatividade fática, abriu-se então discussão quanto ao prazo da modulação prospectiva a ser aplicado, havendo duas balizas que não se pode transpor. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “de um lado, o prazo não pode ser reduzido a ponto de pôr em xeque a própria viabilidade fática da decisão de modulação. De outro, não pode coincidir com o marco temporal previsto pela EC 62/2009, sob pena de esvaziar a decisão de inconstitucionalidade antes proferida” (p. 16 do Acórdão).

Ante o exposto, relatados e discutidos os autos, acordaram os ministros, por maioria e nos termos do voto reajustado do Ministro Luiz Fux, em aplicar a modulação de efeitos nos seguintes termos:

- 1) – modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016;
- 2) – conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até

esta data, a saber: **2.1.)** fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual *(i)* os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCAE) e *(ii)* os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e **2.2.)** ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária; **3)** – quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: **3.1)** consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; **3.2)** fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado; **4)** – durante o período fixado no item 1 acima, ficam mantidas a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT), bem como as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT); **5)** – delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline *(i)* a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e *(ii)* a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório, e **6)** – atribuição de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão, e, em menor extensão, a Ministra Rosa Weber, que fixava como marco inicial a data do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Reajustaram seus votos os Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

4.3.3 ADI 4171/DF

4.3.3.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio e julgada 20.05.2015, cuja Relatoria foi da Ministra Ellen Gracie e redação do acórdão pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na qual se controverte a constitucionalidade de parte da sistemática de tributação de combustíveis regulada por dispositivos do Convênio n. 110/2007, com redação dada pelos Convênios n. 101/2008 e 136/2008.

Nas palavras da Relatora, *in litteris*, a requerente

Alega que as distribuidoras adquirem o combustível derivado do petróleo (Gasolina tipo A) e o diesel das refinarias, com substituição tributária para frente. Paralelamente, também adquirem Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC) e biodiesel (B100) das usinas para adição ao combustível derivado do petróleo com vista a produzirem a gasolina do tipo C (composta de 75% de Gasolina A e 25% de AEAC) e o Óleo Diesel B3 (composto do diesel e de 3% do biodiesel – obs.: atualmente o percentual é de 5%, denominado B5), produto este que será posteriormente comercializado pelos postos de combustíveis. Destacam que, na aquisição dos combustíveis renováveis (AEAC e B100), há o diferimento do ICMS, que, no entanto, é suportado por parte dos valores da já referida substituição

tributária para frente. Como as operações posteriores não sofrem incidência, o Convênio determina que as distribuidoras efetuem o estorno do crédito do imposto correspondente ao volume de AEAC e de B100 contido nas misturas. Ocorre que não há crédito na entrada e que, a título de estorno, é determinado recolhimento do valor correspondente ao ICMS diferido ou suspenso relativo às entradas de AEAC e de B100.

Por esses motivos, a Confederação requerente afirmou que a exação tributária repetida, sem lei e cumulativa na mesma capacidade contributiva esbarrava em um plexo arquitetônico tributário desenhado pela Constituição da República (art. 145, §1º, 150, I 155, § 2º, I § 4º, D).

Solicitadas as informações pelos requeridos, ponderou-se que a sistemática trazida pelo Convênio buscava trazer simplificação e eficiência à exação tributária.

Os dispositivos impugnados foram defendidos pela AGU.

Com a manifestação pela improcedência da ação direta pelo MPF, os autos foram conclusos para julgamento.

4.3.3.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

Inicialmente, dado o reconhecimento da pertinência temática já delineada pela ADI 1.332/RJ, foi afastada a preliminar de ilegitimidade ativa da Confederação Nacional do Comércio (CNC) para propor a ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema versado nos autos, na medida em que se trata de entidade de âmbito nacional que possui entre seus objetivos institucionais a representação de direitos e interesses do comércio brasileiro de bens, serviços e de turismo.

Ainda em sede preliminar, foi reconhecido o cabimento do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade com a finalidade de impugnação de convênio firmado pelos Estados, já que tais instrumentos jurídicos, na seara tributária, segundo a Relatora, ao lado das leis complementares – cada um disciplinando as matérias que lhes são reservadas – integram o sistema tributário nacional traçado constitucionalmente e constituem atos normativos de caráter estrutural geral, demandados pelo próprio texto constitucional (art. 155, § 5º). Tal entendimento também encontra respaldo inclusive em outras ações diretas já julgadas, das quais é exemplo a ADI 1851/AL.

No mérito, a Relatora apresentou introdução às peculiaridades da tributação de combustíveis no país. Explicou, assim, que

A gasolina e o diesel vendidos ao consumidor final, normalmente nos postos de

gasolina, não são puros. A legislação determina a mistura dos combustíveis derivados de petróleo, obtidos por extração e refino, com combustíveis renováveis, obtidos a partir da agricultura e da transformação. Assim é que se adiciona à gasolina (gasolina tipo A) o álcool etílico anidro combustível (AEAC), obtendo-se a gasolina tipo C, que é o combustível fornecido para consumo. Do mesmo modo, adiciona-se ao óleo diesel o biodiesel (B100), obtendo-se o óleo diesel B5 (o número indica o percentual da mistura, atualmente 5%) que abastecerá os veículos. A tributação dos combustíveis assume grande complexidade porque a Constituição, ao disciplinar o ICMS que incide sobre as respectivas operações, estabelece regras distintas para os derivados de petróleo, de um lado, e para os não derivados de petróleo, de outro. As diferentes sistemáticas acabam por ter implicações mútuas que se refletem na tributação do combustível como um todo, exigindo-se a adoção de instrumentos capazes de resguardar os efeitos de cada regime.

(...)
Como o combustível vendido ao consumidor é produzido pela mistura de combustível derivado de petróleo e de combustível renovável, há a necessidade de compatibilização dos diferentes sistemas de tributação a que estão sujeitos, o que desafia a adoção de mecanismos capazes de assegurar o adequado recolhimento do ICMS. (fl. 03-05 do Acórdão) (Grifou-se)

E, nesse sentido, como já destacado, as regras as serem estabelecidas para a adequada exação tributária no que diz com os combustíveis, à luz do art. 155, § 5º da Constituição da República, se dá pela adoção dos convênios. No caso, mediante o Convênio CONFAZ 110/2007, buscou-se a otimização desse complexo processo, diminuindo o universo de contribuintes fiscalizados, trazendo proximidade ao acompanhamento das operações e, com isso, garantindo efetividade na arrecadação do Estado.

Ocorre que, no caso, a inconstitucionalidade observada ocorre por força da seguinte distorção verificada:

6. Tenho que existe, efetivamente, inconstitucionalidade. As matérias passíveis de tratamento via convênio são aquelas especificadas na Constituição. No caso, a autorização é para estabelecer as regras necessárias para que o ICMS sobre operações com combustíveis tenha a destinação constitucionalmente prevista no § 4º do art. 155 da CF. A reserva é feita pelo § 5º: “§ 5º. As regras necessárias à aplicação do disposto no § 4º, inclusive as relativas à apuração e à destinação do imposto, serão estabelecidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g” (Incluído pela EC 33/2001). Já a Lei Complementar 87/96, ao cuidar da substituição tributária, conforme a reserva estabelecida pelo art. 155, § 2º, XII, b, estabelece que o regime de substituição em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados, podendo ser estabelecida para os contribuintes que realizarem operações interestaduais com derivados de petróleo, relativamente às operações 101subsequentes.

Não há dúvida, ainda, de que, ao convencionar sobre a adoção de sistema de tributação capaz de dar cumprimento às destinações constitucionais do ICMS sobre combustíveis derivados de petróleo, também tiveram de ser observadas a imunidade das operações interestaduais e a anulação dos créditos relativos às operações anteriores.

Contudo, não poderia o convênio, a título de estorno, determinar um novo recolhimento. Aliás, são figuras de natureza distinta.

O estorno é lançamento contábil de sentido inverso a outro anteriormente efetuado: mediante estorno, debita-se o que havia sido anteriormente creditado ou credita-se o que havia sido anteriormente debitado.

Poder-se-ia dizer que a criação de uma nova obrigação corresponde à anulação de

um crédito, ou seja, que é medida de sentido exatamente oposto e correspondente. O efeito econômico até poderia, efetivamente, ser o mesmo, desde que houvesse efetivamente a apropriação do crédito escritural e que as distribuidoras pudessem se valer de tal crédito.

Impõe-se considerar no caso concreto, contudo, que não houve a apropriação de crédito pela distribuidora, de modo que não haverá o seu aproveitamento. A obrigação criada a título de estorno, portanto, inova sim.

Ademais, se a previsão constitucional é de anulação de um crédito, não é possível adotar, por qualquer instrumento legislativo que seja, medida de natureza diversa. A anulação de um crédito é medida

escritural, não podendo ser transmudada em obrigação de pagar. A obrigação imposta, assim, desborda do que era dado ao Convênio estabelecer, extrapolando as matérias que lhe são reservadas pelo art. 155, § 5º, da Constituição. Ainda que não se trate de um problema propriamente de legalidade, porquanto a aplicação do convênio não se faz de modo direto, mas mediante a intermediação das leis estaduais, certo é que há vício formal a ser reconhecido.

7. Além disso, considerando que o ICMS diferido já fora suportado pelo substituto, na medida em que destacado na operação de aquisição do álcool e do biodiesel, tendo sido recolhido mediante repasse pela refinaria, a determinação de novo recolhimento de valor correspondente, dessa feita a outro Estado, implica bitributação não autorizada constitucionalmente. Uma operação de circulação de mercadoria não pode ser tributada duas vezes. Se interestadual, pode-se, isto sim, aplicar a sistemática própria de recolhimento da alíquota interestadual à origem e da diferença ao destino, se for o caso. Mas jamais tributar duas vezes, exigindo recolhimento idêntico por dois Estados distintos. A competência para a instituição do ICMS é repartida entre os Estados, conforme as regras constitucionais. Jamais pode haver sobreposição. A bitributação é vedada, pois desvirtuaria a norma de atribuição de competência para instituição do imposto.

Ademais, implica dupla exigência do mesmo imposto por entes políticos distintos. Ao Estado de situação da usina, ocorre o repasse; ao Estado da distribuidora, o recolhimento, ambos ao mesmo título (ICMS-diferido), embora um como pagamento outro como estorno de crédito.

Como se vê da explicação da Relatora, o mecanismo adotado mediante convênio findou por representar novo recolhimento de tributo do mesmo valor, o que traduz bitributação, vedada expressamente pela Constituição da República por força das disposições constantes dos arts. 145, § 1º e 166, § 2º, I.

A partir do reconhecimento da inconstitucionalidade do recolhimento a título de estorno, exsurtiu outro problema de ordem empírica a ser solucionado²⁴⁷ e que, inegavelmente, nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, “(...) se cuida de decisão que implicará sérias repercussões aos contribuintes e aos Estados-sedes das distribuidoras de combustíveis, que terão suas arrecadações diminuídas abruptamente” (p. 17 do Acórdão).

Por isso, considerando a segurança jurídica e o excepcional interesse econômico

²⁴⁷ Essa linha argumentativa, de lógica e prevalência consequencialista dos efeitos das decisões do STF, reproduzida no caso presente e em vários outros, na forma em que arguida na prática, não está isenta de críticas pela doutrina. Sobre a reflexão ora trazida, cf. LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 818-843, 2017. p. 818-843.

envolvidos na questão e atingido o quórum com o adiamento da sessão para colheita da posição da Ministra Cármen Lúcia (vencida no mérito), adotou-se a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, dando sobrevida à norma impugnada por mais 6 (seis) meses contados da publicação do acórdão, tempo razoável para que os estados pudessem adotar modelo diverso na sistemática de tributação dos combustíveis e que não resultasse na incongruência constitucional ora deflagrada.

4.4 O PACTO FEDERATIVO, COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS E FUNDOS

Nesta última reunião de casos, o critério adotado ressalta temas que dizem principalmente com o pacto federativo e seus desdobramentos, entre os quais estão as modalidades de competências legislativas previstas na Constituição e fundos.

4.4.1 ADI 1842/RJ

4.4.1.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade (ADIs apensadas nºs 1826, 1843, 1906), julgada definitivamente em 06.03.2013, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), de Relatoria do Ministro Luiz Fux e redação do Acórdão dada pelo Ministro Gilmar Mendes, que postulou a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos: arts. 1º e 2º, partes finais; e os arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11 da Lei Complementar n. 87/97; e arts. 8º e 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 e 21 da Lei Orgânica n. 2.869/87, ambas do Estado do Rio de Janeiro.

Sustentou o partido requerente que os dispositivos em comento usurpavam, em favor do Estado do Rio de Janeiro, funções de estrita competência dos municípios que integram a região metropolitana, violando os princípios constitucionais do equilíbrio federativo (arts. 1º, 23, I e 60, § 4º, I), da autonomia municipal (arts. 18 e 29), da não-intervenção dos Estados em seus municípios (art. 35), das competências municipais (art. 30, I, V e VII e 182, § 1º) e comuns da União, do Estado e dos Municípios (art. 23, VI e 225).

Ainda, defendeu o afastamento do art. 25, § 3º da Constituição Federal, uma vez que, a bem da verdade, os dispositivos impugnados transferiram ao Estado a exclusiva execução das políticas públicas neles dispostos.

A Assembleia Legislativa advogou em favor da constitucionalidade dos dispositivos. Arguiu, nesse sentido, a competência estadual para tanto, prevista no art. 25, § 3º da

Constituição Federal, bem como ressaltou que os serviços públicos que dependam de bens do Estado ou cujas consequências possam ultrapassar os limites territoriais municipais passam a ser de competência estadual. No mesmo sentido, instado, o Governador do Estado reiterou a mesma argumentação trazida pelo Legislativo, acrescentando que a possibilidade constitucional de unificação das atividades de organização, planejamento e execução de funções públicas atende aos objetivos de promoção de racionalidade, economicidade e boa técnica no que diz respeito aos problemas comuns, de interesse regional, cuja titularidade é do Estado-membro.

Com a aplicação do art. 12 da Lei n. 9.868/99, foram ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, tendo os autos sido submetidos ao Tribunal para julgamento de mérito.

4.4.1.2 *Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro*²⁴⁸

Em sede preliminar, o Relator afastou a arguição de inépcia da inicial suscitada pela Advocacia-Geral da União, afirmando que a peça vestibular indicou com clareza os dispositivos legais impugnados, individualizando as razões que invocavam a inconstitucionalidade destes.

Ato contínuo, destacou que parte dos dispositivos impugnados sofreram alterações posteriores de redação, evidenciando-se, assim, a prejudicialidade do exame relativo aos arts. 1º, 2º, 4º e 11 da Lei Complementar n. 87/89.

No restante, cingiu-se a controvérsia em torno da verificação acerca da possibilidade ou não de Estado-Membro criar regiões administrativas compostas por municípios limítrofes, além de regular e executar funções e serviços públicos de interesse comum.

Reza o citado art. 25, § 3º da Constituição da República o seguinte:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

.....
§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. (Grifou-se)

Explicou a importância da previsão constitucional enquanto medida facultativa para

²⁴⁸ Cf. MODESTO, Paulo. Coluna: Região Metropolitana, Estado e Autonomia Municipal: a governança interfederativa em questão. **Colunistas de Direito do Estado**, a. 2016, n. 66, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/regiao-metropolitana-estado-e-autonomia-municipal-a-governanca-interfederativa-em-questao>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

fazer face aos complexos desafios da Administração Pública, em especial, a municipal, que, em determinadas demandas de interesse comum e regional, vê-se incapaz, isoladamente, na perspectiva econômica, gerencial ou jurídica, para atender a demandas afetas a uma região. Assim, de fato, por estas razões, o dispositivo constitucional acima citado, tornou relativa a autonomia municipal nas matérias que a lei complementar julgou por bem transpor ao Estado-Membro, sempre, obviamente, com ativa participação dos municípios envolvidos no processo. Essa nova e moderna conformação federativa instituiu uma

(...) espécie de instância híbrida na organização estatal brasileira, situada na convergência entre as atribuições do Estado e as de seus respectivos municípios. Autoriza, desse modo, forma de administração pública flexível e moderna, que garante eficiência e eficácia no gerenciamento das funções e dos serviços públicos, tanto urbanos quanto regionais, por meio das entidades federadas integradas, sob coordenação do Estado-membro, em face de interesses comuns envolvidos. (p. 23 do Acórdão)

Nos termos do Relator, desde que justificadamente, a faculdade constitucional em questão não ostenta afronta à democracia e ao equilíbrio federativo, pois, ao contrário, materializa compartilhamento de atribuições e serviços públicos de interesse regional sob a direção do Estado, preponderando o interesse público com exigência de atuação conjunta, organizada e dirigida para atingimento de seu mister.

Ante tais considerações, afiguraram improcedentes os vícios invocados pelos requerentes para o Relator. A partir das alterações redacionais trazidas pela Lei Complementar n. 89/98, restou garantida a participação de cada um dos municípios integrantes nos respectivos Conselhos deliberativos, motivo pelo qual eventual inconstitucionalidade da redação original que efetivamente não previa a presença de todos os municípios no conselho estava superada quando do julgamento da ação direta, implicando perda de objeto da demanda neste particular.

Assim, o Relator julgou, como dito, prejudicada a ação quanto ao Decreto n. 24.631/98 e arts. 1º, 2º 4º e 11 da Lei Complementar n. 87/89, ambos do Estado do Rio de Janeiro, por força da perda de objeto, sentenciando, no mais, improcedentes as ações.

Entretanto, em voto-vista, embora tenha acompanhado o Relator quanto à prejudicialidade relativa ao art. 1º, *caput* e parágrafos; ao art. 2º, *caput* e parágrafo único; ao art. 4º, *caput*, I a VII; ao art. 11, *caput*, I a VI; e ao Decreto n. 24.631/98, o Ministro Joaquim Barbosa divergiu parcialmente, no mérito, quanto aos demais dispositivos impugnados, examinando individualmente cada norma em debate. Nesse particular, concluiu, ao final, dado, em grande parte, o esvaziamento da autonomia municipal, além da prejudicialidade

apontada, no mérito, pela parcial procedência da ação direta, declarando a inconstitucionalidade do art. 5º, parágrafo único; do art. 6º, I, II, IV e V; do art. 7º, todos da Lei Complementar n. 87/97, além dos arts. 11 a 21 da Lei Estadual n. 2869/97.²⁴⁹

Já a seu turno, o Ministro Nelson Jobim, em extenso voto proferido, trazendo e explicando o panorama histórico mundial e brasileiro sobre o conceito de integração regional federativa, nas formas das regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos, divergiu do voto do Relator, declarando a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa”, contido no art. 5º, I da Lei Complementar n. 87/97; do parágrafo único do art. 5º da Lei Complementar n. 87/97; dos arts. 6º, 7º e 10 da Lei Complementar n. 87/97 e arts. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 e 21 da Lei Estadual n. 2.869/97.

Na sequência, apresentou voto-vista o Ministro Gilmar Mendes, apontando para a divergência de posição em relação à orientação da extensão interpretativa das regiões metropolitanas. De um lado, o Ministro Relator entendeu pela possibilidade de alteração da titularidade para os estados, inclusive atuando como poder concedente dos serviços de interesse comum, ao passo que, de outro lado, os dois ministros (Joaquim Barbosa e Nelson Jobim), divergiram dessa posição. A partir da descrição dos modelos adotados ao redor do mundo para solucionar questões federativas de interesse comum e regional e após as razões esgrimidas, asseverou que todos os dispositivos que condicionavam a execução da integração metropolitana ao exclusivo crivo de autoridade estadual eram inconstitucionais. Seguindo esta lógica jurídica, portanto, declarou a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa”, contido no art. 5º, I da Lei Complementar n. 87/97; do parágrafo único do art. 5º da Lei Complementar n. 87/97; do art. 4º, § 2º; dos arts. 6º, I, II, IV e V, 7º e 10 e art. 11, § 2º da Lei Complementar n. 87/97, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei Estadual n. 2.869/97.

Ao que se viu do julgamento, a despeito das divergências noticiadas, parece não ter havido dúvida quanto à necessidade de resguardar, na maior medida possível, os efeitos negativos da inconstitucionalidade à população. Nesse sentido, diante do excepcional interesse social na continuidade da prestação de serviço de saneamento básico, suscitou-se a aplicação da modulação dos efeitos *pro futuro*, de modo que o Estado do Rio de Janeiro

²⁴⁹ Dada a demora de anos para conclusão do julgado, inclusive com o falecimento do Relator, Ministro Maurício Corrêa, nesse transcurso de tempo, após, o Ministro Joaquim Barbosa reajustou seu voto, de modo a aderir ao voto do Ministro Gilmar Mendes, declarando a inconstitucionalidade em maior extensão dos dispositivos debatidos.

tivesse 24 (vinte e quatro) meses, a contar da data da conclusão da ação direta, para implementar novo modelo de planejamento e execução da função de interesse comum no âmbito das regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos, de modo a preservar **(i)** a participação ativa dos municípios integrantes e **(ii)** a desconcentração do poder decisório nas mãos de qualquer um dos entes federativos envolvidos.

Tal intenção de voto, inicialmente proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, foi acolhida para o fim de manter a vigência excepcional dos dispositivos declarados inconstitucionais pelo prazo razoável referido, lapso temporal dentro do qual o legislador estadual poderia reapreciar a matéria de modo a prestar respeito à decisão proferida.

4.4.2 ADI 3458/GO

4.4.2.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, aforada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e julgada em 21.02.2008, na qual se controverte a constitucionalidade da Lei n. 15.010/04 do Estado de Goiás e, por decorrência lógica, o Decreto Estadual n. 6.042/04 e a Instrução Normativa n. 01/04 – GSF/GPTJ, expedida pelo Secretário da Fazenda e pelo Presidente do Tribunal de Justiça do referido estado-membro. Tais disposições disciplinavam o sistema de conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais no âmbito estadual.

Aduziu o Conselho requerente que a Lei n. 15.010/04 usurpava competência de matéria processual estatuída no art. 24, § 3º da Constituição da República, contrariando a regulamentação federal constante da Lei n. 10.482/02. Ainda, que a sistemática adotada pela lei impugnada, que facultava o repasse de recursos e administração ao Poder Executivo estadual implicava na possibilidade velada de utilização de créditos suplementares e/ou especiais, merecendo destaque que os rendimentos auferidos com a aplicação financeira caracterizam créditos ilimitados de natureza confiscatória, ao arrepio do art. 167, V e VII da Constituição da República.

Foi aplicada a regra do art. 12 da Lei n. 9.868/99.

Em resposta, o Governador do Estado de Goiás rechaçou a tese autoral, sustentando que a lei questionada trata de matéria financeira e não processual. Ainda, referiu, quanto à sistemática de competências legislativas dispostas na Constituição da República, que lei ordinária federal (Lei n. 10.482/02) não pode ter a pretensão de disciplinar matéria financeira dos estados-membros, bem como apontou que existem preceitos não aquilatados como gerais

na lei federal, sendo sempre possível a suplementação estadual, mediante lei ordinária, à legislação federal. Finalmente, discorreu sobre a vedação ao controle de constitucionalidade de atos normativos secundários e confessou a incompatibilidade do advérbio “prioritariamente” contido no art. 4º da Lei n. 15.010/04 com a legislação federal norteadora (Lei Federal n. 10.482/02). O Secretário de Estado da Fazenda ratificou as informações prestadas pelo Governador.

Ao seu turno, a Advocacia-Geral da União participou do controle objetivo do caso, arguindo, preliminarmente, a impossibilidade de conhecimento da ação direta em relação ao Decreto Estadual n. 6.042/04 e a Instrução Normativa n. 01/04 – GSF/GPTJ. No mérito, manifestou-se pela procedência do pleito, em razão da extrapolação dos limites da competência concorrente de parte do estado-membro.

Já a Assembleia Legislativa local, ao militar em favor dos atos impugnados, suscitou as preliminares de inépcia da petição inicial, haja vista a generalidade da pretensão de controle sem o necessário cotejo específico dos dispositivos em relação à Constituição da República e, igualmente, o não cabimento da ação direta contra o Decreto Estadual n. 6.042/04 e a Instrução Normativa n. 01/04 – GSF/GPTJ. Em relação ao mérito, destacou a regularidade da atuação estadual no caso, adstrita à competência legislativa concorrente.

Dada vista ao Ministério Público Federal, sinalizou-se o descabimento da ação direta em relação aos chamados atos normativos secundários e pela declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 15.010/04 por desrespeito ao art. 24, §§ 1º a 4º da Constituição da República.

Em sede monocrática e inicial, o Relator não conheceu da ação direta, relativamente ao Decreto Estadual n. 6.042/04 e à Instrução Normativa n. 01/04 – GSF/GPTJ, invocando a existência de precedentes no Supremo Tribunal Federal acerca do descabimento do controle no que tange à atos de caráter regulamentar (nesse sentido, vide: ADIs 3.383, 2.207, 1.383 e 2.387). Ato contínuo, negou-se seguimento no tocante à Lei n. 15.010/04 por entender ausente o confronto do texto impugnado com o texto da Lei Federal n. 10.428/02, decisão que foi recorrida pelo Conselho requerente, tendo, ao final, sido reconsiderada a ação direta, adstrita à impugnação da lei estadual.

4.4.2.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

Iniciado o julgamento de mérito da ação direta, portanto, limitado objetivamente ao exame da constitucionalidade da lei goiana (Lei n. 15.010/04), o Relator, desde logo,

caracterizou que a matéria versada nos autos – Sistema de Conta Única de Depósitos Judiciais – não poderia ser concebida, ao contrário do arrazoado inicial, como tema de direito processual civil e sim de direito financeiro, pois diz respeito a orçamento, estando o tema, com efeito, orbitando na competência legislativa concorrente.

Nessa sistemática estabelecida pela Constituição da República, é cediço que estados-membros e o Distrito Federal podem exercer em duas situações, a saber: (i) a inexistência de legislação federal autoriza a plenitude para legislar e (ii) caso existente lei federal versando sobre normas gerais, anterior ou posterior, a competência dos demais entes federativos limita-se à suplementação.

No caso dos autos, deflagrou o Relator a existência tanto de inconstitucionalidade formal quanto inconstitucionalidade material.

Quanto à primeira, afirmou que a matéria de que trata a lei impugnada não está entre as hipóteses materiais de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, sendo certo que cumpre ao Poder Judiciário deflagrar o processo legislativo relativo à matéria dos depósitos judiciais e do tratamento a ser conferido aos valores até a destinação final ao titular do crédito, uma vez que incumbe à jurisdição a guarda e disposição dos valores. *In casu*, o projeto de lei teve origem no Governo goiano, o que acomete a lei impugnada de vício de iniciativa.

Quanto à segunda, o direcionamento dado pela lei goiana (art. 2º, parágrafo único e art. 6º) da administração dos recursos dos depósitos, a serem transferidos para a Conta Única de Depósitos Judiciais e Extrajudiciais ao Tesouro Estadual viceja inconstitucionalidade material, fundada na violação da separação de poderes. Isso porque, pelas mesmas razões que subsidiam a iniciativa legislativa do Judiciário no tema, descabe atribuir à Fazenda Pública Estadual o gerenciamento de valores sob a tutela provisória do Judiciário ou, em outras palavras, trata-se valores depositados em juízo até que o litígio seja definitivamente dirimido pelo Judiciário.

Com base nessas razões, constatadas as inconstitucionalidades acima noticiadas, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido formulado, declarando inconstitucional a Lei n. 15.010/02 do Estado de Goiás.

Sucessivamente, identificou-se que a lei então declarada inconstitucional estava em vigência desde 2002, sendo imperioso reconhecer que a rigidez da atribuição de efeito *ex tunc* certamente traria prejuízos substanciais e insegurança jurídica, motivo pelo qual o Relator propôs, seguido por maioria, sendo vencido no ponto o Ministro Marco Aurélio, a modulação *pro futuro* dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, de modo que a decisão produzisse efeitos 60 (sessenta) dias após o trânsito em julgado, tempo hábil à organização do Estado de

Goiás relativamente aos valores depositados judicialmente.

4.4.3 ADI 2240/BA

*4.4.3.1 Do resumo do processo*²⁵⁰

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, julgada em 09.05.2007, com pedido de medida cautelar, relatada pelo Ministro Eros Grau e ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) contra o Governador do Estado da Bahia e da Assembleia Legislativa respectiva, pleiteando-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 7.619, de 30 de março de 2000.

Defendeu o requerente que a referida lei estadual era inconstitucional, na medida em que foi publicada em data posterior à promulgação da EC n. 15/96, que deu nova redação ao art. 18, § 4º da CF, prescrevendo a necessidade de lei complementar, até então inexistente, instituidora de prazo para finalidade de criação, incorporação, fusão ou desmembramento dos municípios brasileiros. Nessa linha, arguiu que a lei impugnada colidia com o regime democrático, tendo apenas a população do distrito de Luís Eduardo Magalhães realizado o plebiscito em 19.03.2000, não tendo havido consulta nos moldes do texto constitucional, ou seja, considerando a extensão de toda população envolvida no processo de emancipação. Ainda, destacou que os estudos técnicos de viabilidade municipal foram publicados em data posterior ao plebiscito (28.03.2000). Salientou, ainda, o viés político da medida legislativa tomada em ano de eleições municipais, resultando em situação temerária à preservação da ordem pública.

Instado, o Governador do Estado da Bahia advogou no sentido da constitucionalidade do preceito legal atacado, sob os argumentos de que o processo legislativo foi antecedido de consulta, mediante plebiscito realizado pela Justiça Federal, à população interessada, na forma prevista na Resolução n. 33/2000. No mais, observou que, inexistindo lei complementar federal que determine o período dentro do qual poderá ocorrer a criação de município, é possível que este seja indicado no ordenamento jurídico estadual.

²⁵⁰ É importante registrar que outros casos julgados pelo STF versaram sobre conjunto fático semelhante e seguiram, portanto, a mesma *ratio decidendi* do caso a ser exposto a seguir (vide ADI 3316/MT – Município de Santo Antônio do Leste/MT, ADI 3489/SC – Municípios de Monte Carlo/SC e Campos Novos/SC e ADI 3689/PA – Municípios de Ourilândia do Norte/PA e Água Azul do Norte/PA). Entretanto, evitando-se inócua tautologia e por economia, dada a relevância do caso para o tema em debate, elegeu-se este para servir aos propósitos de catalogação e análise da aplicação da modulação *pro futuro* dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade trabalhada na presente dissertação. Registre-se, ainda, no mérito, que o caso tem conexão e referência jurisprudencial com o MI 725 e ADI 3682/MT.

No mesmo sentido, ao seu turno, a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia destacou que CF garante direito absoluto ao desmembramento de municípios. Apontou que a legislação baiana, a Constituição e a lei complementar primaram pela inteira razoabilidade na instituição do prazo necessário para o desmembramento. E, finalmente, quanto ao plebiscito, afirmou que a consulta mais abrangente seria estéril, porquanto se presume a opinião contrária do município de origem em relação a desmembramento de determinada área sua.

A Advocacia-Geral da União, ao analisar o caso, manifestou-se pela procedência do pedido, tanto em razão da necessidade de preservação da competência legislativa federal no tema, como pela desconformidade entre a dicção do texto constitucional e a forma da consulta plebiscitária efetuada.

Ouvida a Procuradoria-Geral da República, esta opinou pela declaração de inconstitucionalidade da lei atacada, acentuando a flagrante violação do texto constitucional pela lei baiana, bem como discorreu sobre a disposição do art. 18, § 4º da CF e sua atualização dada pela EC n. 15/96.

É o relatório da ADI.

4.4.3.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro²⁵¹

Em suas linhas introdutórias, o ministro Relator, Eros Grau, delineou a situação e circunstâncias plasmadas no art. 18, § 4º da CF²⁵². Como se vê, estabelece a disposição que eventual criação de município será feita por lei estadual, dentro de período determinado por lei complementar federal, dependendo de consulta prévia. Até a data do julgamento, ressaltou, não havia sido produzida a lei complementar federal mencionada no preceito constitucional, daí porque, em simples exercício de subsunção, constituída estaria a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 7.619, de 30 de março de 2000. Entretanto, o Relator consignou algumas circunstâncias especiais do caso a serem levadas em consideração. O Município criado em

²⁵¹ Cf. comentários jurídicos em: MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 669-670; POGREBINSCHI, Thamy. A Normatividade dos Fatos, as Conseqüências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, jan. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41556>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

²⁵² Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

(...)

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

questão foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia, situação que já durava mais de 6 (seis) anos à época do julgado, inclusive com a disciplina em vigor de lei orgânica, a entrada em vigor de mais de duzentas leis municipais, mandatos eletivos já submetidos ao escrutínio democrático do voto, instituição e arrecadação de tributos de sua competência municipal, regular exercício do poder de polícia, bem como, em seu território, atos jurídicos haviam sido praticados, entre outras importantes para consideração. Nesses vetores, admitiu que o Tribunal não poderia limitar-se à prática de mero exercício de subsunção, uma vez que se tratava de situação de exceção com consequências perniciosas em caso de declaração de inconstitucionalidade ortodoxa de lei estadual.

Diante disso, teceu considerações, lastreado na jurisprudência do próprio STF e na doutrina abalizada, sobre a segurança jurídica e proteção da confiança, demonstrando que o caso em tela denota uma situação excepcional consolidada de caráter institucional, político. Nessa ordem de ideias, exemplificou sua compreensão a partir de situações colhidas do próprio ordenamento jurídico, tal como a hipótese do casamento putativo, das sociedades de fato ou irregulares.

Repetindo em várias oportunidades a situação excepcional do caso, o Relator anotou que a omissão do Legislativo federal em elaborar a lei complementar estatuída no art. 18, § 4º da CF, com a redação dada pela EC n. 15/96, tratava-se de moléstia do sistema, um desvio do estado normal, impedindo a efetiva tomada de decisão política no âmbito municipal. Desse modo, foi categórico no sentido de que a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importava, tal como se deu, em uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. Nesse sentido, rechaçou a tese da nulidade de lei inconstitucional, de efeitos *ex tunc*, no caso presente, pois não seria possível anular decisão política institucional sem agressão ao princípio federativo consolidado, desconsiderando o fato de existência do município, que resultou em efeitos jurídicos diversos, sendo impossível retroceder no tempo. Tais circunstâncias, destacou o Relator, fazem impor a ineficácia do exame do tema à luz de um plano de abstracionismo normativista e a apreciação do tema sob o prisma de uma ordem concreta e de modo a verificar a decisão que menos sacrificava a Constituição e garantia sua força normativa.

Essas foram as razões iniciais trazidas pelo Ministro Relator para julgar improcedente a ADI proposta. Ocorre que o Ministro Gilmar Mendes apresentou voto-vista em sentido parcialmente diverso, que passou a ditar a orientação do julgamento do caso e que ora se passa a expor.

No mérito, inicialmente, repassou o Ministro a fundamentação trazida pelo Ministro

Relator, que levou à improcedência da demanda objetiva.

Na sequência, referendou a consideração acerca da consolidação da situação fática do processo, não podendo esta ser ignorada pelo Tribunal, obtemperando a relevância dos contornos da decisão a ser proferida, que deveria se pautar, na maior medida do possível, pela forma menos gravosa à realidade concreta de instituição da nova entidade federativa.

A partir dessas razões, apontou que a solução para o problema posto não poderia advir de simples decisão de improcedência da ação direta, tendo em vista que esta orientação da parte dispositiva do julgado levaria a privilegiar realidades concretas incongruentes, deixando de contemplar, com o devido respeito, a nulidade da lei inconstitucional.

A relevância da segurança jurídica no caso, segundo o voto-vista, dispensava defesa. De toda sorte, entendeu o Ministro Gilmar Mendes ser possível primar, na medida do possível, pela otimização dos princípios aplicáveis ao caso, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o contexto apresentava. Assim, registrou a posição do STF sobre a matéria em casos passados, notando que o princípio da nulidade da lei inconstitucional também possuía um peso elevado no caso, tornando inevitável o uso da técnica da ponderação.

Baseado em doutrina e jurisprudência estrangeiras, teceu considerações a propósito da ponderação entre os princípios incidentes ao caso, bem como grifou a atuação do princípio da proporcionalidade no exercício de acomodação da superposição de princípios constitucionais. Todas essas análises, segundo o Ministro condutor do voto-vista, demonstraram uma forte tendência no sentido da universalização de alternativas normativas ou jurisprudenciais em relação à técnica de nulidade. De fato, várias são as situações em que a declaração de nulidade de uma lei sentença ainda maior irritabilidade e, em casos mais severos, verdadeiro caos jurídico, sendo certo que a simples utilização de declaração de nulidade não tem o condão de superar situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional. No país, a situação não é diferente, tendo o Ministro Gilmar Mendes apresentado breve histórico das alternativas criadas no país, explicitando os contornos jurídicos da modulação de efeitos temporais existentes.

Diante das razões esposadas, conforme afirmou o Ministro do voto-vista, não haveria dúvida de que o Tribunal deveria adotar uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada, resguardasse na maior medida possível os efeitos por ela produzidos.

Assim sendo, votou pela declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei atacada, aplicando o art. 27 da Lei n. 9.868/99 para o fim de manter a vigência do dispositivo legal pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro

do qual poderia o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros a serem fixados na lei complementar federal, conforme decisão na ADI 3682.

Em seguida, o Relator, Ministro Eros Grau, apresentou retificação de seu voto, acompanhando o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes.

Ao final, o Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a ação direta e, por maioria, ao não pronunciar a nulidade do ato impugnado, manteve a vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses até que o legislador estadual estabelecesse novo regramento, nos termos do voto reajustado do Ministro Relator, Eros Grau, e do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, vencido, nesse ponto, o Ministro Marco Aurélio, que declarou a nulidade do ato questionado.

4.4.4 ADI 429/CE

4.4.4.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, julgada em 20.08.2014, de relatoria do Ministro Luiz Fux, ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará e tendo como interessada a Assembleia Legislativa da referida unidade federativa.

Sustentou o requerente a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos: art. 192, 1 e 2, 193 e seu parágrafo único, 201 e seu parágrafo único, 273, parágrafo único e 283, III, todos da Constituição do Estado do Ceará, por ofensa aos arts. 61, § 1, II, 'b', 146, III, 'c' e 155, § 2º, XII, 'g', da CF. Em resumo, apontou incompatibilidades das disposições constitucionais estaduais com a CF no que tange (i) à competência da União para o estabelecimento de normas gerais sobre o tratamento tributário do ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas, (ii) à competência para autorização de benefício fiscal mediante deliberação unânime dos Estados-membros. Enfatizou que a matéria relativa à isenção tributária deve ser regulada por lei de iniciativa privativa do Chefe do Executivo.

Notificada, a Assembleia Legislativa do Estado do Ceará advogou em favor da competência legislativa concorrente dos Estados-membros em matéria tributária, bem como anotou que o Tribunal ainda não havia se pronunciado acerca da aplicação dos princípios que informam o processo legislativo federal no âmbito estadual.

O tribunal concedeu, em parte, a medida cautelar pleiteada, suspendendo a eficácia do art. 193, caput e parágrafo único; do art. 201, caput e parágrafo único; do parágrafo único do art. 273 e do art. 283, III da Constituição cearense.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se no sentido da improcedência da ação direta, entendendo não haver desconformidade entre os preceitos atacados e a CF.

Em seu parecer, o *parquet* opinou pela procedência parcial do pedido, ressaltando a constitucionalidade do art. 192, § 1º da Constituição Estadual, uma vez que editado no exercício da competência modelada pelo art. 24, I da CF.

É o relatório da presente ADI.

4.4.4.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

Como se viu no relatório, cingiu-se a controvérsia dos autos na verificação de inconstitucionalidade de preceitos da Constituição do Estado do Ceará (art. 192, 1 e 2, 193 e seu parágrafo único, 201 e seu parágrafo único, 273, parágrafo único e 283, III).

Na linha trabalhada pelo Relator, viu-se que o federalismo brasileiro exterioriza-se, entre outros campos, no segmento tributário mediante o estabelecimento de competências legislativo-fiscais privativas dos entes políticos, reservada à lei complementar a instituição de normas gerais (art. 146, III, 'c' da CF). Por consequência, fundado em precedentes do próprio Tribunal, reputou que o art. 192, § 1º da Constituição cearense não padece de inconstitucionalidade, porquanto, como se sabe, no âmbito da competência legislativa concorrente, inexistindo lei federal de normas gerais, autorizada está competência plena dos Estados.

Em passo seguinte, avançou o exame para os demais dispositivos atacados, que disciplinam o tema dos benefícios fiscais e, em especial, as isenções. Nesse ponto, obtemperou o Relator que o poder de exonerar corresponde a uma derivação do poder de tributar, motivo pelo qual, presente este, não há impedimentos para que as entidades investidas de competência tributária, tal como os Estados-membros, passem a definir hipóteses de isenção ou de não-incidência das espécies tributárias em geral, o que não desabona as previsões da Constituição estadual. Contudo, é certo que, nos termos do art. 155, § 2, XII, 'g' da CF, não há margem para concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS sem a prévia celebração de convênio intergovernamental. Sublinhou o Relator que a finalidade por detrás da referida exigência consiste na preservação do equilíbrio horizontal da tributação, dada a relevância do regime do ICMS para a manutenção da harmonia do pacto federativo. Nesses vetores, revelou-se, no caso, inconstitucionalidade material dos dispositivos da Constituição cearense que outorgam incentivo fiscal incompatível com a CF.

Especificamente quanto ao art. 192, § 2º da Constituição cearense, nos debates, o Ministro Gilmar trouxe proposição de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade pelo prazo de 12 (meses), de modo a resguardar temporariamente a situação benéfica

aos deficientes albergados pela norma e submeter o tema ao CONFAZ, o que findou a ser acolhido pela maioria do plenário.

Ex positis, após discussões e esclarecimentos quanto à parte dispositiva do julgado, nos termos do voto do Relator, o Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido em relação ao art. 192, § 1º da Constituição cearense. Por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou parcialmente procedente a ação direta para dar interpretação conforme à CF ao art. 192, § 2º da Constituição cearense, sem declaração de nulidade, concedendo o prazo de sobrevida do benefício por 12 (meses) a partir da ata da sessão, vencido em parte o Ministro Marco Aurélio.

4.4.5 ADI 3666/DF

4.4.5.1 Do resumo do processo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, julgada em 06.12.2018, ajuizada pelo Procurador-Geral da República e de relatoria do Ministro Roberto Barroso, tendo como interessados o Governo do Distrito Federal, sua Câmara Legislativa, bem como a presença, na condição de *amicus curie*, do Sindicato dos Delegados de Polícia do Distrito Federal – SINDEPO/DF e da Associação dos Agentes Penitenciários da Polícia Civil do Distrito Federal – AGEPEN, na qual se questionou a constitucionalidade das Leis n. 2.835/2001, 3.100/2002 e 3.656/2005, todas do Distrito Federal.

Em síntese, alegou o *parquet* que, por meio das referidas leis então impugnadas, o Distrito Federal, em ofensa ao art. 21, XIV da CF, havia usurpado a competência da União para legislar com exclusividade sobre órgãos e servidores da Polícia Civil do Distrito Federal.

Embora tenha sido requerida medida cautelar, o Ministro Joaquim Barbosa, relator em momento anterior, adotou o rito abreviado do art. 12 da Lei n. 9.868/99.

Em informações, o Governador e a Câmara do Distrito Federal defenderam a constitucionalidade das leis contestadas. Aduziram que, na verdade, o caso em tela retravada hipótese de competência concorrente entre a União e o Distrito Federal, destacando, ainda, que as leis estaduais não teriam majorado nem criado obrigações pecuniárias a serem suportadas pela União.

Intimado, o Advogado-Geral da União opinou pela procedência do pleito por entender que, no caso, ao autorizar a reestruturação de órgãos e criação de novos cargos em comissão no âmbito da Polícia Civil do Distrito Federal, as leis atacadas teriam violado tanto o art. 21, XIV, como o art. 24, § 1º, ambos da CF.

Em parecer, o Procurador-Geral da República, requerente nesta ação direta, reiterou os argumentos tecidos na exordial, sustentando a inconstitucionalidade das leis distritas.

É o relatório da ADI.

4.4.5.2 Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro

Nas razões trazidas pelo relator, primeiro, referenciou-se a textualidade do art. 21, XIV da CF²⁵³, que estabelece a competência da União para organizar e manter a Polícia Civil, militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal; do art. 24, XVI da CF, que prescreve a competência concorrente da União, Estados e do Distrito Federal para legislar sobre organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis; e também do art. 24, § 1º da CF²⁵⁴.

Em seguida, à luz de interpretação sistemática desses dispositivos constitucionais, anotou ser possível extrair 3 (três) principais conclusões necessárias para a solução do caso.

Primeiro, destacou que não compete à União de modo absoluto legislar sobre todas as questões concernentes à Polícia Civil do Distrito Federal, sendo possível que este legisle pontualmente sobre matéria. Todavia, observou, devem existir limites desta competência concorrente, entre os quais se encontra a proibição de edição de normas gerais, se já existente outra de caráter federal. Este é o caso presente. Há, de fato, regulação geral federal impedindo categoricamente a edição de leis estaduais então contestadas, devendo ter presente que o conteúdo das leis impugnadas envolvia verdadeira reestruturação do órgão policial, com modificações basilares. Desse modo, constatada estava a usurpação de competência da União. Segundo, o Relator manifestou, ainda, com base na jurisprudência, violação no caso ao art. 21, XIV da CF. Isso porque, na linha do que já havia sido demonstrado no voto, as normas impugnadas promoveram reestruturação, instituição, extinção e transformação de órgãos internos, bem como criaram novos cargos comissionados. Em um exame globalizado dessas leis distritais, dispõe-se sobre a própria estrutura da Polícia Civil local, assim como do regime

²⁵³ Art. 21. Compete à União:

(...)

XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;

²⁵⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

jurídico de seus servidores. Terceiro, constatou-se, por consequência do diagnóstico jurídico feito, que as leis distritais violaram noção básica segundo a qual descabe ao Distrito Federal impor ônus de despesa à União tal como ocorreu.

Nesses vetores, pois, restou constatada a inconstitucionalidade das leis distritais impugnadas, passando-se para um desdobramento do juízo de mérito relativo aos efeitos temporais a serem aplicados, uma vez que o caso demandou maior cautela.

Conforme explicado pelo Relator, tratava-se de leis distritais que vigoravam há mais de uma década com a sua inerente presunção de constitucionalidade, de tal sorte que o cumprimento imediato da decisão traria prejudicialidade maior do que a própria inconstitucionalidade dessas, abrindo-se possibilidade legítima da modulação temporal dos efeitos da decisão.

No caso do presente processo objetivo, pois, a partir do juízo de ponderação, lastreado na jurisprudência, considerou-se que a segurança jurídica, o excepcional interesse social e a boa-fé deveriam prevalecer de modo a preservar situações consolidadas ao longo do tempo em detrimento do efeito retroativo das leis inconstitucionais.

Após, fez-se menção específica da boa-fé dos ocupantes de cargos então tidos por irregulares, para fins de aposentadoria, o que ensejou ressaltar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade aos servidores já aposentados e aqueles que implementaram os requisitos de aposentação até a época da publicação do julgado, ocorrida em 06.12.2018.

À luz, pois, das razões precedentes, o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido constante na ação direta para declarar a inconstitucionalidade das Leis n. 2.835/2001, 3.100/2002 e 3.656/2005, todas do Distrito Federal, modulando-se os efeitos nos seguintes termos: (i) preservação dos atos já praticados; (ii) a decisão proferida só deveria produzir efeitos 24 (vinte e quatro) meses contados da data da sessão do julgamento, tempo necessário para que a União pudesse reestruturar de modo adequado o órgão policial e (iii) ressaltou-se a incidência do acórdão exclusivamente para fins de aposentadoria, aos servidores nas condições acima referidas.

4.4.6 ADI 875/DF (ADIs apensadas n. 1.987/DF, 2.727/DF e 3.243/DF)

4.4.6.1 Do resumo do processo

Trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade, julgadas em 24.02.2010, encabeçadas pela ADI 875/DF e reunidas pela relatoria do Ministro Gilmar Mendes por força da conexão dada pela impugnação de dispositivos da Lei Complementar n. 62/89.

Em resumo, a ADI 1.987/DF, proposta pelos Estados de Mato Grosso e Goiás, fundava-se na suposta omissão do Congresso Nacional em regulamentar o art. 161, II da CF. Afirmaram os requerentes que o critério estabelecido pela Lei Complementar n. 62/89 padecia de arbitrariedade e não traduzia a vontade do legislador constituinte, que prescreveu que os critérios de rateio dos fundos deveriam promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios, especialmente no que se refere na fixação dos coeficientes individuais de cada Estado dentro de cada bloco regional.

Já na ADI 875/DF, demanda objetiva proposta pelos Governadores dos Estados sulistas (Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina), controverte-se a constitucionalidade do art. 2º, I e II, e §§ 1º, 2º e 3º, bem como o Anexo Único, todos da Lei Complementar n. 62/89. Aduziram que, contrariando o art. 161, II da CF, a lei em comento não dispunha sobre critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), diferindo a regulamentação desses critérios a ser efetivada em lei específica com base no senso do ano de 1990 e aplicando, até a fixação referida, os coeficientes fixados na Lei Complementar n. 62/89 (art. 2º, § 3º), situação que permanecia até o ajuizamento da ação²⁵⁵.

Ainda, a ADI 2.727/DF, aforada pelo Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, também reproduziu a suscitação de inconstitucionalidade relativamente ao art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, bem como o Anexo Único, todos da Lei Complementar n. 62/89 e de parte da Decisão Normativa n. 44, de 12.12.2001, editada pelo Tribunal de Contas da União.

Por último, a ADI 3.243/DF foi ajuizada pelo Governador do Estado de Mato Grosso em face, especificamente, do art. 2º, § 3º da Lei Complementar n. 62/89, apontando que a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo, por si só, derruiria a totalidade da lei.

Instadas a prestar informações, as autoridades requeridas, de modo geral, além dos argumentos pelo não conhecimento das ações, defenderam inexistir vício de inconstitucionalidade na Lei Complementar n. 62/89.

A Advocacia-Geral da União alertou que a matéria não poderia ser veiculada via ação direta, pois a lei complementar impugnada tem efeitos concretos e, em sendo declarada sua inconstitucionalidade, passaria a não haver outro marco legislativo para realizar o rateio do Fundo de Participação.

²⁵⁵ Conforme consta do relatório da decisão, essas duas ADIs, em sessão plenária de 22.04.2002, haviam sido apresentadas em mesa pelo Ministro Néri da Silveira, tendo sido, porém, adiado em virtude do adiantado da hora. Ainda, em 08.05.2002, o processo foi retirado de pauta em razão da aposentadoria do referido Ministro. Posteriormente, foram redistribuídas ao Ministro Gilmar Mendes em virtude de prevenção em relação a outras ADI que impugnavam dispositivos da Lei Complementar n. 62/89.

O Procurador-Geral da República, em sua manifestação, exarou parecer no sentido de descaber ao STF a suposta má distribuição dos recursos dos fundos de participação dos Estados e dos Municípios, bem como ressaltou a inaptidão institucional, de natureza política, do Tribunal para promover equilíbrio socioeconômico entre os entes federados.

É o relatório.

4.4.6.2 *Das razões da inconstitucionalidade e a modulação pro futuro*²⁵⁶

O voto do Relator inicia com extensa explicitação dos motivos de apensamento, no caso em tela, das demandas objetivas e a possibilidade de se atribuir fungibilidade das ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, motivo pelo qual foram conhecidas as ações e determinado seu julgamento em conjunto.

Partiu-se, então, para decisão de mérito, a partir da delimitação dada pelo objeto de cada uma das ADIs.

À exceção da ADI 1.987/DF, que possui objeto distinto – omissão do Congresso Nacional em regulamentar o art. 161, II da CF – as demais ações diretas em exame, no conjunto, eram dirigidas ao reconhecimento de inconstitucionalidade do art. 2º, I e II, e §§ 1º, 2º e 3º, bem como o Anexo Único, todos da Lei Complementar n. 62/89.

Na motivação do voto do Relator, que foi seguido pela grande maioria do Tribunal, meditou-se acerca da especialidade do caso em apreço, uma vez que, entre as demandas objetivas ajuizadas, constava argumentação de inconstitucionalidade tanto no sentido da omissão (parcial)²⁵⁷ do legislador quanto de ação, o que confirmou a ambivalência da natureza das ações constitucionais. Isso porque, no caso, em termos práticos, a afirmação de que o legislador não cumpriu integralmente o dever de legislar contém, implicitamente, uma censura da própria norma positiva, sendo certo que descabe à aferição do atendimento do legislador da vontade constitucional o exame pautado em critérios arbitrários ou subjetivos, mas sim do cotejo da lei construída e a interpretação deferida ao texto constitucional.

²⁵⁶ A respeito da fundamentação desta específica decisão, vale conferir as considerações do seguinte artigo científico: MACEDO, Elaine Harzheim; SILVA DANTAS, Ana Cecília de Moraes e. Modulação de efeitos pro futuro no controle concentrado de constitucionalidade: o caso da ADI 875. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 155-173, jun. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_142.06.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018. Ainda, vide comentários em: Vide comentários em MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 670-671.

²⁵⁷ SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis – o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses- das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 21, p. 27-40, 1998. p. 35.

Ao que se sabe, no caso, a Lei Complementar n. 62/89, exigência prescrita pelo art. 39 do ADCT, parágrafo único, foi editada com vistas a cumprir a determinação constante do art. 161, II da CF²⁵⁸, instituindo os critérios de rateio dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados, Distrito Federal e dos municípios, tendo como parâmetro a promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos.

Nesse sentido, quanto ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, o art. 2º da referida lei estabeleceu a destinação de 85% (oitenta e cinco por cento) dos recursos às Unidades da Federação integrantes das regiões norte, nordeste e centro-oeste e de 15% (quinze por cento) para as regiões mais desenvolvidas do sul e sudeste. Ainda, o diploma legal, no anexo ora impugnado, definiu os coeficientes de participação dos Estados, os quais deveriam vigorar apenas nos exercícios de 1990 e 1991. A partir do ano de 1992, os critérios de rateio deveriam ser fixados por lei específica, baseada no censo de 1990 e, caso estes novos coeficientes de participação não viessem a ser estabelecidos em lei específica, os critérios já postos no anexo deveriam continuar a ser aplicados. No ano de 2010, data do julgamento das ações diretas, passados mais de 20 (vinte) anos da edição da lei complementar, ainda eram aplicados os índices previstos apenas para os anos de 1990 e 1991, o que denota, inegavelmente, grande distorção do rateio em questão.

Ressaltou o Relator, também, que índices adotados pela Lei Complementar n. 62/89 não estavam alicerçados em análise de dados e informações idôneas da realidade socioeconômica dos Estados brasileiros à época, mas sim, conforme se pôde deduzir dos autos, de acordo entre entes federativos formalizado no âmbito do CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária), o qual tomou por base a média histórica dos coeficientes aplicados anteriormente à CF apurada nos parâmetros do Código Tributário Nacional. Tal situação de efemeridade das disposições da Lei Complementar n. 62/89, bem como seu conteúdo eminentemente político, foi denunciada, segundo o Relator, pelo próprio Deputado Firmo de Castro, responsável pela proposta no legislativo.

Embora esta situação noticiada não seja, por si só, motivo ao reconhecimento da pecha de inconstitucionalidade, vai-se além, atentando-se para questão de fundo relativa ao mérito de finalidade buscado pela CF de promoção de equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios. A chancela de constitucionalidade, portanto, deveria, no caso, avaliar se os

²⁵⁸ Art. 161. Cabe à lei complementar:

(...)

II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, **objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;** (Grifou-se)

critérios eleitos pelo legislador para o rateio dos fundos de participação conduzem à redução das disparidades regionais e à equalização da situação dos entes federativos, tudo em harmonia com o fim último de prestigiar o federalismo cooperativo. Não é demais lembrar que tais fundos de participação, verdadeiras transferências intergovernamentais, viabilizam, acrescidas das receitas correntes advindas dos tributos próprios de cada ente federativo, a autonomia financeira e, por conseguinte, o exercício de suas competências constitucionais.

Após demonstração contábil da relevância destas receitas para os entes federativos, constatou o Relator que, de fato, a proporção entre a receita corrente das unidades federativas e os valores que lhes eram repassados mediante a aplicação dos índices políticos e vetustos estabelecidos pela Lei Complementar n. 62/89 findava por criar um sistema desigual, pesando, proporcionalmente, mais nos Estados menos desenvolvidos.

Assim, diante de norma constitucional imantada ao menos de eficácia mínima, cabe ao legislador ser obsequioso ao atingimento da finalidade constitucionalmente estatuída. Em decorrência, sustentou o Relator que os únicos critérios de rateio aptos ao atendimento da exigência constitucional em comento são aqueles que assimilem e retratem a efetiva realidade socioeconômica dos destinatários das transferências, revelando-se primordial que dados fáticos, a serem apurados periodicamente por órgãos ou entidades oficiais (ex. IBGE) possam influir na definição dos coeficientes de participação. E esta não é a situação que se apresentava na disciplina da matéria na data do presente julgamento, pois havia lei destinada a vigor por apenas dois anos (1990 e 1991), mas que, por inércia legislativa, continuava a produzir efeitos em descompasso com o mandamento constitucional, gerando severas distorções na economia e capacidades dos entes federativos, o que foi ilustrado pelo Relator com diferentes exemplos.

Nada obstante o reconhecimento dessa situação de inconstitucionalidade, qual seja, a de que a Lei Complementar n. 62/89 não satisfaz integralmente a exigência constitucional da parte final do art. 161, II, manifestou o Relator que era certo que a supressão imediata da legislação maculada do sistema jurídico representaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, já que o vácuo legislativo inviabilizaria, por completo, as transferências de recursos. Desse modo, haveria de se considerar, em alguns casos, tal como o presente, a aplicação da lei inconstitucional até a promulgação de nova lei, o que refletia imperativo do próprio ordenamento constitucional.

Submetidas essas ponderações, ao final, ante todas essas razões trazidas, o STF julgou procedente as ADIs n.s 875, 1.987, 2.727 e 3.243 para, com base no art. 27 da Lei n. 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do conjunto normativo

impugnado (art. 2º, I e II, e §§ 1º, 2º e 3º, bem como o Anexo Único, todos da Lei Complementar n. 62/89), assegurando sua vigência até 31.12.2012, na exata esteira do voto condutor dado pelo Relator. Restou vencido, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio, que julgou procedente apenas a ADI n. 1.987 e deixando de aplicar a modulação de efeitos temporais.

5 APONTAMENTOS FINAIS

Antes de mais nada, o subtítulo acima precisa ser explicado. A rigor, toda investigação acadêmica não pode ser tida como absolutamente concluída, não só pela razão óbvia de que inexiste verdade absoluta em relação ao passado e muito menos se se considerar o constante avanço dos estudos e sua consequente atualização reflexiva diante de novos contextos fático-jurídicos que ainda estão por acontecer. Nada obstante a isso, um desfecho é sempre necessário e oportuno para compilação das ideias esposadas ao longo de toda a dissertação.

Feita a ressalva acima, como se viu nas considerações teóricas trazidas na dissertação, optou-se pela clássica capitulação formal de ordem tridimensional (pressupostos, técnica e aplicação prática), entendendo-se ser esta a melhor forma de exposição lógica e didática para compreensão do fenômeno jurídico do controle de constitucionalidade e da faculdade de modulação de efeitos temporais, em especial, da aplicação *pro futuro*.

Nesses vetores, é possível, sinteticamente, estabelecer as seguintes considerações finais.

Por ordem de importância, primeiro, viu-se a compreensão moderna da topografia da Jurisdição Constitucional, enquanto tutora dos valores últimos, maturada pelo tempo e pela experiência, que aponta, precedente e inafastavelmente, para adequada morfologia política do Estado delineada pela hexapartição dos *fins* e *funções*. Em apertada síntese, a partir da edificação do Estado Moderno, evoluiu-se de um modelo centralizador e de executivismo hipertrofiado para a segregação legislativa, seguida pela autonomização judiciária, pela emergência do governo separado do estado, pela consolidação da burocracia administrativa em sentido estrito para, ao final desse processo evolutivo, desaguar na titularidade exclusiva do Tribunal Constitucional para exercício do controle de constitucionalidade.

Avançando ao nobre tema da Jurisdição Constitucional, tradicionalmente, embora possa se considerar a existência de novas configurações ou a cumulação, 2 (dois) são os tradicionais modelos de controle de constitucionalidade replicados ao redor do globo, sendo

um de origem norteamericana da *common law* (modelo cumulado-descentralizado-monista) e outro radicado na Europa continental (modelo separado-centralizado-dualista). No primeiro, prevalece a difusão do controle por todo sistema judiciário, a natureza meramente declaratória da decisão de inconstitucionalidade com seu efeito *ex tunc*. No segundo, ao contrário, dedica-se competência exclusiva a órgão criado com esta finalidade, o Tribunal Constitucional, sendo a decisão de inconstitucionalidade de valência desconstitutiva com produção de efeitos *ex nunc* ou até mesmo *pro futuro*.

Sucedo que, conforme exposto ao longo da dissertação, no mérito, é possível, sem maiores dificuldades jurídicas, justificar a pertinência constitucional da modulação de efeitos temporais no tema das decisões de inconstitucionalidade, controvertendo-se, apenas, o modo e os critérios práticos de aplicação do art. 27 da lei n. 9.868/99, seguido pelo art. 11 da lei n. 9.882/99, na realidade da Jurisdição Constitucional brasileira. Afinal, toda norma jurídica formalmente posta por quem está investido de competência legislativa ou regulamentar carrega, em si, a aparência e a presunção de legitimidade e constitucionalidade; logo, é inescapável, a despeito da posterior inconstitucionalidade deflagrada, a consideração dos efeitos práticos já produzidos ao longo do tempo, o que condiciona, a partir da ponderação entre a nulidade da lei inconstitucional e a segurança jurídica ou outro princípio constitucional, filtrada pela proporcionalidade, a prudência na modulação temporal das decisões no seio da Jurisdição Constitucional, a fim de evitar mais severo agravamento do estado de inconstitucionalidade.

Figurando entre os marcos temporais possíveis, especificamente quanto à modulação de efeitos *pro futuro* nas decisões de inconstitucionalidade, com ainda mais razão, não são outras as considerações a serem exaradas, conforme atestado por todos os casos práticos já enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal ao longo de sua história institucional e ora classificados segundo os critérios de reunião vistos na dissertação. É dizer, não raro, motivos de ordem prática vivenciados na realidade fenomênica, aos quais não é dado à Jurisdição Constitucional se furtar, fazem impor, no Brasil, sob os auspícios da segurança jurídica ou outro princípio constitucional materializável no excepcional interesse social, a garantia de sobrevivência efêmera de lei ou ato normativo do Poder Público inconstitucional, de modo a, como dito, a partir de ponderação pragmática entre valores igualmente constitucionais, restaurar, segura e gradualmente, o estado constitucional de coisas com a menor onerosidade (social, econômica, jurídica, política e social) possível.

É este o panorama, enfim, sobre a questão jurídica posta e trabalhada na presente dissertação de mestrado. Assim, feitas todas estas considerações, com a certeza de

atingimento dos objetivos propostos pelo trabalho acadêmico, conclui-se pela necessidade imperativa de adoção da hexapartição de poderes pelo estado brasileiro, da aplicação única e exclusiva, à luz das razões trazidas, do modelo separado-centralizado-dualista para fins de exercício do controle de constitucionalidade, do aporte de maior clareza jurídica dos critérios legais para faculdade de modulação efeitos temporais, garantindo-se a adequação da modulação *pro futuro* em casos excepcionais como forma de restabelecimento prudente do estado constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 203, p. 165-183, jul./set. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507411>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 14, p. 301-351, 1960. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/434>>. Acesso em: 07 maio 2018.

ARAGÓN REYES, Manuel. **Estudios de Derecho Constitucional: el juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: Grupo Industrial de Artes Gráficas, 1998.

ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ARRIGHI, Giovanni. **O longo século XX: poder, dinheiro e as origens de nosso tempo**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto. São Paulo: UNESP, 1996.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação de regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do art. 27 da Lei n. 9.882**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHOF, Otto. **Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y**

política. Versión castellana por León Cortinas-Pelaez, de la Conferencia pronunciada en agosto de 1979 en Universidad Nacional Autónoma de México (División de Ciencias Jurídicas de la ENEP “Acatlán”) y en la Universidad de Guanajuato (Escuela de Derecho), que renueva totalmente la del mismo tema y traductor publicada en Universitas (Stuttgart, ed. Espanola, IV, pp. 125-140, 1966) y en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1967, tomo XVIII, pp. 245-262).

BACHOF, Otto. Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Coyoacan, a. 19, n. 57, p. 837-852, set./dez. 1986.

BAGEHOT, Walter. **The English Constitution**. Reprinted from the “fortnightly review”. London: Chapman and Hall, 193, Piccadilly, 1867.

BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública: a proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. **Revista Direito do Estado**, Salvador, n. 11, jul./set. 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 19, n. 76, out./dez. 1982. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181410/000398333.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 02 set. 2017.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/941/879>>. Acesso em: 21 set. 2017.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 1. ed. Campinas: Russell, 2003.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. org. Marcelo Módolo. introd. Pedro Luso. São Paulo: Hedra, 2009.

BARBOSA, Rui. **Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo**. Rio de Janeiro: Cia. Imprensa, 1893.

BARRON, Jerome A; DIENES, C. Thomas. **Constitutional law**. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2010.

BARROS, Sérgio Resende de. Inconstitucionalidade das Leis 9.868/99 e 9.882/99. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, a. 1, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/7202/4877>>. Acesso em: 21 set. 2017.

BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/noco-es-sobre-controle-de-constitucionalidade.cont>>. Acesso em: 14 maio 2018.

BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdico do sistema misto. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W.C. (orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**:

análise à luz da Lei n. 9.882-99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 180-197.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, n. 18, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 02 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, 2006.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Téc. Cláudio de Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 20. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Un abregé du texte de l'édition de Paris de 1583. Edition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/bodin_six_livres_republique.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: 2004.

BONILLA MALDONADO, Daniel. Teoría del derecho y transplantes jurídicos: la estructura del debate. In: BONILLA MALDONADO, Daniel (org.). **Teoría del derecho y transplantes jurídicos**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Univ. de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009. p. 11-35. Disponível em: <<http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/03/dos-libros.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos n. 189, da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, do Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-exposicaodemotivos-150030-pl.html>>. Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília:

CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Procedimento de Controle Administrativo n. 0000326-09.2008.2.00.0000. Requerente: Anselmo Mendes Maranhão Filho. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Felipe Locke Cavalcanti. Brasília, 27 maio 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=07E6175B5E5E60227DCB5CD045BFDA96?jurisprudenciaIdJuris=45230&indiceListaJurisprudencia=24&firstResult=1825&tipoPesquisa=BANCO>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Supremo em ação 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.516, de 28 de agosto de 2007. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11516.htm>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.666, 21 de junho de 1993. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Lei n.9.868, de 10 de novembro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. Voto n. 2713-2011, Procedimento MPF n.: 1.00.000.006882-2011-22. Relatora: Mônica Nicida Garcia. Brasília, 07 nov. 2011. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/voto_2713>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 582280. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Olivier Charles Mathieux. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 set. 2006. DJ 06 nov. 2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=582280&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo** [recurso eletrônico]. 5. ed. atual. até a EC 90/2015. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_5a_edicao.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 429. Requerente: Governador do Estado do Ceará. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 ago. 2014. DJe 30 out. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+429%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+429%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbcaw7q>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 875. Requerentes: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 fev. 2010. DJe 30 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1842. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 06 mar. 2013. DJe 16 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1842%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1842%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbuaql>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2154. Requerentes: Confederação Nacional das Profissões Liberais e Conselho Federal da Ordem

dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 set. 2001. DJ 02 out. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2154%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/dxjmtv9>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2240. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 09 maio 2007. DJe 03 ago. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/adssly6>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2501. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 04 set. 2008. DJe 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2501%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2501%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cjprdc3>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 16 maio. 2012. DJe 28 fev. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3022. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 02 ago. 2004. DJ 04 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3022%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3022%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ayf22sh>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3316. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado de Mato Grosso e Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 09 maio 2007. DJe 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3316%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3316%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b7olpa9>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3430. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 ago. 2009. DJe 23 out. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3430%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3430%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cqqw9dl>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3458. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Eros Grau.

Brasília, 21 fev. 2008. DJe 16 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3458%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3458%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa2ohok>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3489. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 09 maio 2007. DJe 03 ago. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3489%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3489%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/avohaa5>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3609. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 05 fev. 2014. DJe 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3609%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3609%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ba2crqj>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3628. Requerente: Governador do Estado do Amapá. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 08 mar. 2018. DJe 10 out. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3628%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3628%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bcz4cyh>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3666. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 06 dez. 2018. DJe 18 dez. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3666%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3666%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p8zuzzf>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3682. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 09 maio 2007. DJe 06 set. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3682%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3682%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbfsbr4>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 08 mar. 2012. DJe 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4029%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4029%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bvqe8mr>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4125. Requerente: Partido Social da Democracia Brasileira. Requeridos: Governador do Estado do Tocantins e Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relatora: Min. Cármen Lúcia.

Brasília, 10 jun. 2010. DJe 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284125%2ENUME%2E+OU+4125%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zxwvtja>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4270. Requerentes: Associação Nacional dos Defensores Públicos e Associação Nacional dos Defensores Públicos da União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 14mar. 2012. DJe 25 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4270%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4270%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/axadc3>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4430. Requerente: Partido Humanista da Solidariedade. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 jun. 2012. DJe 19 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4430%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4430%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a4z8jqm>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5105. Requerente: Solidariedade. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 01 out. 2015. DJe 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5105%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5105%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/poewb1t>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1040. Embargante: Procurador-Geral da República. Embargado: Congresso Nacional. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 31 maio 2006. DJ 01 set. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281040%2ENUME%2E+OU+1040%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y79dbtw6>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Ação direta de inconstitucionalidade n. 1241. Embargante: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília 22 set. 2016. DJe 03 ago. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1241%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1241%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ccalwa6>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3689. Embargantes: Partido do Movimento Democrático Brasileiro e Município de Água Azul do Norte. Embargados: Governador do Estado do Pará e Assembleia Legislativa do Estado do Pará. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 10 maio 2007. DJe 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3689%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3689%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/3689>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

2E+E+3689%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3689%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k9c8hzk>. Acesso em: 16 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3819. Embargante: Governador do Estado de Minas Gerais. Embargado: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 24 out. 2007. DJe 28 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3819%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ampvbeq>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4171. Embargante: Partido Social Liberal. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 20 maio 2015. DJe 21 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4171%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4171%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aknrvq2>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4876. Embargante: Governador do Estado de Minas Gerais. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 26 mar. 2014. DJe 01 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4876%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4876%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/auqhsxs>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 364.304. Embargante: Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Estadual de Santa Catarina. Embargado: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 03 out. 2006. DJ 06 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28364304.NUME.+OU+364304.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zmoak2b>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 592912. Embargante: Ignez Lilian Jacobs. Embargada: Habitasul – Crédito Imobiliário S.A. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 03 abr. 2012. DJe 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28594892%2ENUME%2E+OU+594892%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yad2d2yz>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração nos segundos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3415. Embargante: Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Embargado: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 24 set. 2015. DJe 11 dez. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3415%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3415%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yad2d2yz>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ackx5ox>. Acesso em: 19 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos em Recurso Extraordinário n. 61351. Embargante: Estado do Rio Grande do Norte. Embargados: Leovegildo Fernandes Pimenta e outro. Relator: Min. Amaral Santos. Brasília, 07 ago. 1968. DJ 20 set. 1968. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=37699>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 725. Impetrante: Município de Nova Brasilândia do Oeste. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 10 maio 2007. DJe 21 set. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+725%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+725%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mw9xckh>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4425. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 25 mar. 2015. DJe 04 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4425%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4425%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b3l6thk>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Representação n. 933. Representante: Procurador-Geral da República. Representado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Thompson Flores. Brasília, 11 dez. 1975. DJ 26 dez. 1975. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rp%24%2ESCLA%2E+E+933%2ENUME%2E%29+OU+%28Rp%2EACMS%2E+ADJ2+933%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ang5485>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 17976. Recorrente: Engenharia e Construções Otto Meinberg S.A. Recorrida: Fazenda do Estado. Relator: Min. Amaral Santos. Brasília, 13 set. 1968. DJ 26 set. 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2817976%2ENUME%2E+OU+17976%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zkoqq2n>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 709212. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrida: Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 13 nov. 2014. DJe 19 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28709212%2ENUME%2E+OU+709212%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zj2rzn>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 167.635. Recorrente: Estado do Pará. Recorrido: Paulo Afonso da Silva Mardock. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 set. 1996. DJ 07 fev. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+167635%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+167635%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aj5wy2m>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197917. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 06 jun. 2002. DJ 07 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28197917%2EENU ME%2E+OU+197917%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zu5ow9l>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 35.370. Recorrente: Pinho, Guimarães, S.A. Recorrido: Estado do Pará. Relator: Min. Henrique D'Avilla. Brasília, 15 jan. 1960. DJ 07 ago. 1961. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2835370%2ENUM E%2E+OU+35370%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7sthlqf>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 556664. Recorrente: União. Recorrida: Novoquim Indústria Químicas Ltda. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 jun. 2008. DJe 14 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28556664%2ENU ME%2E+OU+556664%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvnzz6a>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 560626. Recorrente: União. Recorrido: REDG - Consultoria Tributária Sociedade Civil Ltda. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 jun. 2008. DJe 05 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28560626%2ENU ME%2E+OU+560626%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hnk a3ge>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 590809. Recorrente: Metabel Industria Metalurgica Ltda. Recorrida: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 out. 2014. DJe 24 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28590809%2ENU ME%2E+OU+590809%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zp o l e l g>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 93. Relator: Min. Anibal Freire. Brasília, 01 jan. 1970. DJ 03 mar. 1949. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CF%2D1946%2 9%2893%2ENUME%2E+OU+93%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

BROSSARD, Paulo. O senado e as leis inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr.jun. 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181304>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental**. Trad. Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 2. ed. 6. impr. rev. e atual. com a 4. ed. norteamericana. Porto Alegre: Globo, 1967.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163, p. 153-166, jul./set. 2004.

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

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. reimpr. 6. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2015.

CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. reimpr. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald; MANNING, Kenneth L. **Judicial process in America**. 9th. ed. Thousand Oaks. California: SAGE, 2014.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional tributário**. 29. ed., rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 72, de 2013. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. ampl. e atual. até 31.12.2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALCANTI, Themistocles Brandao. **Do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLÈVE, Clemerson Merlin. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 179, p. 141-154, jul./set. 2008.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle**. avec un introd. et des notes par M. Edouard Laboulaye. 2. ed. Tome premier. Paris: Librairie de Guillaumin et C., 1872.

COTRIM, Gilberto. **História global, Brasil e geral**. v. un. São Paulo: Saraiva, 2002.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. A crise do Estado de Direito e social e a Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 29, n. 113, p. 15-24, jan./mar. 1992.

COTTA, Maurizio. **Dicionário de política**. v. 2. 13. ed. Brasília: UnB, 2010.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União.

Revista Direito do Estado, Salvador, n. 2, p. 48, abr./mai./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/almiro-do-couto-e-silva/o-principio-da-seguranca-juridica-protecao-a-confianca-no-direito-publico-brasileiro-e-o-direito-da-administracao-publica-de-anular-seus-proprios-at>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS**, Cadernos de Direito Público, Porto Alegre, n. 57, 2 impressão (2011), p. 13-33, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201707/06143930-rpge57livrocadernosalmiro.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

COUTO E SILVA, Almiro do. Veiculação de publicidade com infringência eventual ao art. 37, 1 da CF e estatuto das licitações: possibilidade do slogan. **Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre. v. 9, p. 61-84, 1996. Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/revista_9_parte_1.pdf. Acesso em: 22 maio 2018.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Trad. Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

EDLIN, Douglas E. “Judicial Review” sem uma constituição escrita. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 3-33. Trad. Romulo Ponticelli Giorgi Júnior. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/54636>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Harvard University, 1980.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

ESTADO DO TOCANTINS. Lei Estadual n. 1.950, de 7 de agosto de 2008. **Assembleia do Estado de Tocantins**. Disponível em: <<http://www.al.to.leg.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 05.08.2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Marbury v. Madison**, 5 U.S (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **NORTON v. SHELBY COURTY**, 118, U.S. 425, 1886. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/425/>>. Acesso em: 21 set. 2017.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2. ed. 3 reimpr. São Paulo: USP, 2010.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de Justicia Constitucional. **Direito Público**, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 55-82, out./ dez. 2003. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/449>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do Ato Inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 217-236, out./dez. 2002.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Por um Tribunal Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 143-152, jul./set. 1997.

FERRERES COMELLA, Victor. **Justicia constitucional y democracia**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

FERRERES COMELLA, Victor. Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 40. 2004. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40>. Acesso em: 13 nov. 2018.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues**. Princeton: Princeton University, 1988.

FLORES, Alfredo de J. Derecho y modernización: América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX. In: **El proyecto de modernización del ideário liberal republicano en Brasil en cuestión**: las ediciones de la <Consolidação das leis civis> durante la <República Velha> (1889-1930), Frankfurt: Max Planck Intitute for European Legal History, 2015. p. 179-198.

FORTES, Luiz Roberto Salinas. **O Iluminismo e os Reis Filósofos**. 3 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

FRANÇA. CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html>>. Acesso em: 03 set. 2017.

FRANÇA. **Constituição de 1958**. Paris: Le Service Public de la Diffusion du Droit. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Constitution-du-4-octobre-1958>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

FRANÇA. **Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre portant loi organique sur le Conseil constitutionnel**. Version consolidée au 20 avril 2011. Paris: Le Service Public de la Diffusion du Droit. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000705065&fastPos=1&fastReqId=1608164790&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade da lei e o direito adquirido**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Juarez. Parecer. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Princípio da segurança jurídica. Exigência da menor precariedade possível nas relações de administração. **Interesse público**, Porto Alegre, n. 20, ago. 2003.

FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/interna.php?ID_S=332>. Acesso em: 06 ago. 2017.

FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política**: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Trad. Nivaldo Montigelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013. [ebook]

GALOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 18-40, out./dez. 1987.

GARCIA, Pedro de Vega. Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución. **Revista de Estudios Políticos**, La Rioja, n. 7, p. 93-118, 1979. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427316.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

GERHARDT, Michael J. **The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory**. Faculty Publications. Paper 980. 1991. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/73971830.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa – história de um conceito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro/São Paulo, p. 291-303, out./dez. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46347/45118>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Moralidade administrativa e boa fé da Administração Pública (conteúdo dogmático da moralidade administrativa)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e o Código de Processo Civil**: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 40, n. 158, p. 97-125, abr./jun. 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. **Montesquieu ou la Constitution de la liberté**. Collection Philo-philosophes. Paris: Ellipses, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HAORIOU, Maurice. **Précis élémentaire de droit constitutionnelle**. 2 ed. Paris: Recueil Sirey, 1929. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5042662/f4.image>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosana D’Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HOBBS, Eric J. **A Revolução Francesa**. 7. ed. Coleção Leitura. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HOLLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. compl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HOUAISS, Antônio. **Pequeno dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. 1 ed. São Paulo: Moderna, 2015.

INGLATERRA. Parliament. Bill of Rights (1689). Disponível em: <<https://www.parliament.uk/about/livingheritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/collections1/collections-glorious-revolution/billofrights/image-3/>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

INGLATERRA. United Kingdom Supreme Court. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/index.html>>. Acesso em: 03 set. 2017.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.

JHERING, Rudolf von. **A evolução do direito**. vertido da trad. francesa de O. DE MEULENAERE. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, [s.d.].

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. introd., rev. técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do Direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KRAMER, Larry D. We the Court. **Harvard Law Review**, v. 115, n. 1, p. 13, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia de la ciencia del derecho**. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1980.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 818-843, 2017.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. y estudio sobre la obra por Alfredo Callego Anabitarte. 2. ed. Colección Demos. Biblioteca de Ciencia política. Barcelona: Ariel, 1976.

MACEDO, Elaine Harzheim; SILVA DANTAS, Ana Cecília de Moraes e. Modulação de efeitos pro futuro no controle concentrado de constitucionalidade: o caso da ADI 875. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 155-173, jun. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_142.06.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre o controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 140, p. 267-278, out./dez. 1998.

MAFFINI, Rafael da Cas. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MACHIAVELLI, Niccolò. **O príncipe**. Edição Ridendo Castigat Mores. [ebook]. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/principe.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. **Democracy realized**: the progressive alternative. New

York: Verso, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120-148.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalism**: ancient and modern. Indianapolis: Liberty Fund, 2007. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2145/McIlwain_7850_LFeBk.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais**: separação de poderes e deliberação. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do STF proferida no RE n. 122.202. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, p. 97-105, 1996. Disponível em: <seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/69739/39286>. Acesso em: 17 dez. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Celso Bastos, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 32, n. 126 abr./jun. 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. até a EC. n. 57 de 2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**, Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MODESTO, Paulo. Coluna: Região Metropolitana, Estado e Autonomia Municipal: a governança interfederativa em questão. **Colunistas de Direito do Estado**, a. 2016, n. 66, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/regiao-metropolitana-estado-e-autonomia-municipal-a-governanca-interfederativa-em-questao>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Boa-fé como baliza da relação jurídico-administrativa. **Jornal Carta Forense**, 04 maio 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/boa-fe-como-baliza-da-relacao-juridico-administrativa/4037>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Safe, 2002.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PARRIS, Henri. **The origins of the Permanent Civil Service, 1780-1830**. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1467-9299.1968.tb01357.x>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

PEREZ LUNO, Antonio Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

POGREBINSCHI, Thamy. A Normatividade dos Fatos, as Conseqüências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, jan. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41556>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa, 2 de abril de 1976**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX>>. Acesso em: 20.05.2018.

PRAELI, Francisco Eguiguren. Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa. **Revista Derecho PUCP**, San Miguel, n. 53, p. 7-64, 2000. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6554/6639>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

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

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **GauchazH**, opinião. Artigo: A regra está virando exceção. 25 maio 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/opiniao/noticia/2017/05/carlos-reverbel-a-regra-esta-virando-excecao-9799735.html>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O federalismo numa visão tridimensional do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo n. 70040434276. Agravante: Município de São Borja. Agravado: Sindicato dos Municípios

de São Borja. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 22 out. 2012. DJe 31 out. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70040434276&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=ADI+3.430&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 11 dez. 2018.

ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, p. 159-185, jan./mar. 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2014.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **A modulação no controle de constitucionalidade de novos tributos**. Rede de Pesquisa e conhecimento aplicado. Núcleo de Estudos Fiscais (NEF) da FGV Direito, SP. RP-PPA, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17253/A_modula%C3%A7%C3%A3o_no_controle_de_constitucionalidade_de_novos_tributos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 dez. 2018.

SANTIVANEZ, José Antonio Rivera. La doctrina constitucional en la jurisprudência del Tribunal Constitucional. **Revista en el acervo de la BJV**. Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2001. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3530/3301>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis – o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses- das leis. **Revista de Direito Administrativo**, n. 21, p. 27-40, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Controle de constitucionalidade e democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Labor, 1931.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1996.

SCHUMPETER, J. A. **Capitalismo, socialismo, democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état**. 3. ed. Paris: Éditions du Boucher, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. atual. até a

Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017.

SKINNER, Quentin. Significado y comprensión en la historia de las ideas. **Prismas – Revista de historia intelectual**, Bernal, n. 4, p. 149-191, 2000.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. (informação oral). **Aulas de Direito do Estado no PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. 1º semestre de 2016.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, n. 3, p. 7-18, set. 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50230>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O consenso e democracia constitucional!** Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva e Almedina, 2013.

SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. 10 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo n. 900**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo n. 918**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo918.htm>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Legislação anotada**. Lei n. 9.868. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Lei_9868.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Legislação anotada**. Lei n. 9.882. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Lei_9882.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira**. 10 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>>. Acesso em: 02.09.2017.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43, n. 171, p. 19-47, jul./set. 2006. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%C3%A9.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14.12.2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **A Democracia Coroada: Teoria política de Império do Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. Coleção João Camilo de Oliveira Torres. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/36281>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

TRIBE, Laurence & MATZ, Joshua. **Uncertain justice: the Roberts Court and the Constitution**. New York: Henry Holt and Co., 2014.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. New Jersey: Princeton University, 2008.

UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS. The Founder's constitution. **Dr. Bonham's case, 8 co. rep. 107a, 114a C.P. 1610**. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html>. Acesso em: 06 ago. 2017.

VALLE, Vanice Lírio do. Efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade como técnica garantidora do livre exercício da atualização constitucional. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 38, p. 183-195, 2002.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa explicada à minha neta**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Unesp, 2005.

WALUCHOW, W. J. **A common law theory of judicial review**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WILSON, James G. **Taking Stare Decisis Seriously: A Cautionary Tale for a Progressive Supreme Court**, 10 Journal Jurisprudence 327 (2011). Disponível em: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/fac_articles/248/>. Acesso em: 16 nov. 2018.

WILSON, John. **Pensar com conceitos**. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derecho y justicia**. Madrid: Trotta, 1997.

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional**. Dissertação

de mestrado. 2000. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 dez. 2018.