

VOTOVISTA

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidade **2.154/DF** e **2.258/DF**, de relatoria originária do Ministro Sepúlveda Pertence, que têm por objeto dispositivos da Lei 9.868/99, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

O julgamento conjunto das ações foi iniciado na **Sessão de 14 de fevereiro de 2007**, ocasião em que:

a) o Tribunal afastou a preliminar de ilegitimidade ativa da autora da ADI 2.154/DF;

b) o relator proferiu voto rejeitando a arguição de inconstitucionalidade por omissão, relativamente aos artigos 17 e 18, §§ 1º e 2º, da Lei 9.868/99; e

c) o Tribunal rejeitou a impugnação de inconstitucionalidade do art. 26 e da expressão “ *salvo expressa manifestação em sentido contrário* ”, contida na parte final do § 2º do artigo 11 e artigo 21.

O Plenário prosseguiu na apreciação das Ações Diretas em **16 de agosto de 2007**, colhendo o voto do Relator originário quanto ao **art. 27 da Lei 9.868/99**. No ponto, o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou-se pela **inconstitucionalidade formal** do dispositivo, ao fundamento de que seu conteúdo somente poderia ser veiculado por Emenda à Constituição, rememorando, a propósito, que:

“É significativo, aliás, que fizeram pelo menos três tentativas de introduzir na Constituição critério menos audacioso de modulação temporal. Na própria elaboração da Assembleia Constituinte, proposta de nosso eminente colega Ministro Maurício Corrêa, rejeitada; rejeitada na revisão constitucional proposta do ministro Jobim; e rejeitada na reforma judiciária.”

Em acréscimo, consignou que “ se ultrapassada pudesse ser a inconstitucionalidade formal (...) seria preciso dar interpretação conforme ao artigo 27, para evitar que a sua aplicação possa atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido que acaso hajam surgido da inconstitucionalidade da lei”.

O julgamento foi, então, interrompido por pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia.

Retomado o julgamento em sessão virtual, em 13.10.2020, a Min. Cármen Lúcia divergiu parcialmente do Min. Sepúlveda Pertence, julgando improcedente a ação também em relação ao art. 27 da Lei 9.868/1999, no que foi acompanhada pelo Min. Edson Fachin.

Votou também naquela assentada o Min. Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido no tocante ao veto presidencial aos artigos 17 e 18, parágrafos 1º e 2º, contidos no projeto de lei que resultou na Lei nº 9.868 /1999, e procedente quanto ao artigo 27 desta última, o qual declara inconstitucional. Sobreveio então pedido de vista do Min. Alexandre de Moraes.

O julgamento foi retomado na sessão virtual de 22.10.2021 a 3.11.2021, quando os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Nunes Marques acompanharam a Min. Cármen Lúcia.

Pedi vista dos autos para melhor debruçar-me sobre a questão controvertida.

É o relatório. Passo ao voto .

1. Art. 17 e art. 18, §§ 1º e 2º, da Lei 9.868/99.

Aponta-se que os **vetos** do Presidente da República, apostos ao **art. 17** e aos **§§ 1º e 2º** do **art. 18** da Lei 9.868/99, teriam dado gênese a uma **inconstitucionalidade por omissão** . Da combinação dos dispositivos vetados resultava a obrigação de o Supremo Tribunal Federal publicar edital no DJe no DOU contendo informações sobre cada ADI proposta. A partir da publicação, seria aberto prazo de 30 dias para os legitimados do art. 103 da Constituição se manifestarem, caso assim quisessem.

No ponto, acompanho o raciocínio do Relator originário: simplesmente não existia (e continua sem existir) mandado constitucional algum que obrigasse o Chefe do Poder Executivo a proceder à sanção dos dispositivos que foram objeto de veto (sob a justificativa de interesse público). Do que resulta a inviabilidade de se cogitar de omissão inconstitucional.

Voto pela **improcedência** desta parcela do pedido.

2. Art. 27 da Lei 9.868/99.

O último dispositivo a ser objeto de julgamento consiste no art. 27 da Lei 9.868/99, que assim dispõe:

“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.”

Na visão do autor da **ADI 2.154/DF**, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos temporais de seus julgados, como previsto no art. 27 da Lei 9.868/99, desconsidera o entendimento reiterado que a nulidade sempre “*remonta ao momento ab ovo da norma desconstituída*”, sendo “*despiciendo lembrar as regras básicas de direito civil referentes às nulidades, bastando lembrar a expressão das ordenações de que o ato nulo é ‘ato nenhum’*” (fl. 14, Doc. 1). Dessa forma, o dispositivo impugnado seria inconstitucional porque:

(i) somente poderia ser levado a efeito por Emenda à Constituição;

(ii) representa uma **ofensa ao princípio da legalidade** (art. 5º, inc. II e art. 37, *caput*, CF/88), afinal, a seu sentir, “*se a norma foi declarada inconstitucional, torna-se intolerável sequer um minuto de sua vigência*” (fl. 15, Doc. 1);

(iii) desconsidera que a lei inconstitucional o é desde o seu início; dispor sobre o início do efeito da decisão da inconstitucionalidade, complementa o autor, violará o **princípio da igualdade formal** (art. 5º, inc. I), “ visto que a declaração de eficácia poderá beneficiar uns, em detrimento de outros ” – aliás, “ No campo tributário, esse tratamento desigual importará em verdadeiro confisco ” (f. 17, Doc. 1).

Disso não destoam o requerente da **ADI 2.258/DF**, que parece ter-se impressionado com afirmação de minha autoria – expressa em sede doutrinária – em que averbeiquei que “ o dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro ” (fl. 8, Doc. 1). No sentir do requerente: “ norma inconstitucional é norma nula. Não pode ser admitido procedimento capaz de afastar a possibilidade de que a declaração definitiva, por parte do Supremo Tribunal Federal, do mais grave vício legislativo, não acarrete a nulidade da lei ” (fl. 8, Doc. 1). Nesses termos, indica ofensa ao **Estado Democrático de Direito** (art. 1º, CF/88) e ao **princípio da legalidade** (art. 5º, inc. II) da Constituição, porquanto o art. 27 permitiria que “aquilo que não é lei” – uma norma inconstitucional – “possa reger condutas” (fl. 17, doc. 1).

Os fundamentos jurídicos concernentes à impugnação do **art. 27** retratam, com fidedignidade, o senso comum reinante à época da entrada em vigor da **Lei 9.868**, de **10 de novembro de 1999**.

Havia uma apressada certeza, e por isso um receio gratuito, de que a institucionalização legislativa das vias de ação direta de fiscalização de constitucionalidade (previstas nos artigos 102 e 103 da Constituição Federal) cumpriria uma finalidade oculta de cancelar expedientes inconstitucionais do poder público, mormente aqueles de matiz tributário, de inclinação arrecadatória, em necessário desfavor do cidadão-contribuinte.

E para tornar mais palpável a fisionomia do que se retratava como ameaça, alguns institutos da Lei 9.868/99 e também da Lei 9.882/99 (que instituiu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) logo angariaram a predileção da crítica.

De modo especial, a essa parcela da doutrina e dos profissionais do direito incomodava a consagração legislativa de **fórmulas decisórias intermediárias** – expressão mediante a qual Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò agrupam estilos de decisões e técnicas processuais (como a atribuição de efeito prospectivo, que aqui interessa), cujo traço comum está em conferir à jurisdição constitucional possibilidades outras que não o

binário “lei constitucional e portanto válida” *versus* “lei inconstitucional e portanto nula” (Gustavo ZAGREBELSKY e Valeria MARCENÒ. *Giustizia Costituzionale*. Bolonha: il Mulino, 2012, p. 337-420).

De se perceber que as petições iniciais das Ações Diretas que agora julgamos são vítimas voluntárias desse pensamento binário: **abertamente se orientam pela ligação linear entre inconstitucionalidade-nulidade-retroatividade**. Ligação que, ao ser tomada como logicamente necessária, embasa a conclusão dos autores de que o art. 27 da Lei 9.868/99 violaria a Constituição; afinal, uma decisão que declara uma inconstitucionalidade, segundo nossa tradição, só pode ter um natural efeito retroativo (*ex tunc*).

Essa linha de pensamento tem por pressuposto **2 (dois) equívocos fundamentais**. O **primeiro** é acreditar que o direito brasileiro possui uma espécie de “modelo oficial” de controle de constitucionalidade, inspirado na *judicial review* norte-americana – lida de forma bem peculiar, com o estabelecimento de uma relação imperiosa entre inconstitucionalidade, nulidade e efeito *ex tunc*. O **segundo** traduz-se na crença de que a manipulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade seria algo mais hostil ao equilíbrio entre os Poderes do que a pronúncia *ipso jure* de inconstitucionalidade – raciocínio de certa maneira incentivado pelo infeliz quórum de 2/3 previsto no art. 27 da Lei 9.868/99.

Passemos a cada um deles.

2.1. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: desenvolvimento do princípio da competência da competência.

Do exame da teoria e prática do controle de constitucionalidade das leis, desde o início da República e principalmente quando de sua instalação, vemos que a **equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade ipso jure** consiste em uma estrutura de longa duração do direito constitucional brasileiro. E a menção a Rui Barbosa, no ponto, é tão usual quanto justificada. Não só pela qualidade de suas considerações doutrinárias voltadas ao combate “à objeção do caso político como exceção declinatória da jurisdição” (CASTRO NUNES, José de. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 608), mas também, em especial, por sua atuação forense no combate aos expedientes autoritários do, à época, Presidente Floriano Peixoto.

Dentre suas atuações, destaca-se o *Habeas Corpus* 300, impetrado neste Tribunal, no contexto da crise deflagrada pelo Manifesto dos 13 Generais. No manifesto, fora pedido a Floriano Peixoto que cumprisse a Constituição de 1891: dado que Deodoro da Fonseca renunciara ao cargo de Presidente no primeiro ano de mandato, o art. 42 exigia nova eleição, resultando inconstitucional a atitude do vice, Floriano Peixoto, de se investir na Presidência para cumprir o restante do mandato. Em resposta, Floriano Peixoto aposentou ou reformou os signatários e determinou o desterro, ao Amazonas, de vários civis e militares, pelos Decretos de 7 e de 12 de abril de 1892 (João Filipe GONÇALVES. *Rui Barbosa: pondo as ideias no lugar*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000, p. 82-83).

Para impugnar os atos do Presidente da República em questão, Rui Barbosa tinha que, antes, assentar que atos do governo poderiam figurar como objeto de controle de constitucionalidade, pelo Poder Judiciário. Para tanto, tinha que levar em consideração que a Constituição de 1891 não continha uma regra explícita conferindo competência ao Poder Judiciário para proceder ao exame da constitucionalidade das leis. Possuía, entretanto, regra que conferia ao Supremo Tribunal Federal a competência de julgar, por recurso extraordinário, causas em que “se contestar” a validade de leis ou de atos do governo em face da Constituição, ou seja, sempre “quando a ação ou defesa fundar-se em disposição constitucional” (João Barbalho UCHÔA CAVALCANTI. *Constituição Federal Brasileira – Commentários*. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1902, p. 249; Pedro LESSA. *Do Poder Judiciário: direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 112-113).

Para Rui Barbosa, isso era mais que o suficiente; a Constituição dos Estados Unidos da América também não previa explicitamente que aos juízes era próprio sentenciar sobre a validade, ou invalidade, das leis: “*apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela*”. Termos lacônicos que não obstaram o exercício do controle jurisdicional da constitucionalidade, “*um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação*”, **algo próprio à adjudicação**, como “*resultado natural e óbvio de toda Constituição escrita*”, “*corolário imperioso das formas limitadas de governo*” (Rui BARBOSA. “Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal”. In: *Trabalhos Jurídicos*. Vol. 11. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-55, 70-71).

A menção aos Estados Unidos da América não se dava por mero deslumbre; tinha fundamento no **art. 386, segunda parte, do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890**, que trazia importante regra de integração do novo ordenamento jurídico republicano: “ *os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity serão subsidiários da jurisprudência e processo federal* ”.

Foi com apoio nesse permissivo que Rui Barbosa fundamentou o pedido incidental de verificação da conformidade constitucional dos atos de exceção do Presidente Floriano Peixoto. Para tal propósito Rui apresentou ao Brasil, no corpo de suas petições, a posição de diversos constitucionalistas norte-americanos, no sentido de que uma **lei inconstitucional é nula de pleno direito, um nada jurídico**. Nomes como Westel W. Willoughby, George Bancroft e o mais relevante deles, para o assunto que se discutia, o *Chief Justice* John Marshall.

Rui Barbosa foi assertivo na escolha de suas fontes, mormente ao prestigiar a contribuição de John Marshall no *Marbury v. Madison* (1803). Foi a partir daí que a desconsideração de uma lei inconstitucional deixa de ostentar um caráter “quase-revolucionário” de um ato político de resistência (que põe em discussão as bases do pacto social) e **passa a figurar como um procedimento de rotina, que ocorre no âmbito de uma organização formal especialmente concebida para tanto, o Poder Judiciário** (WOOD, Gordon S. “The origins of the judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less.” In: *Washington and Lee Law Review*. Vol. 56. Lexington: Washington and Lee University, Verão de 1999; Cristiano PAIXÃO e Paulo Sávio N. Peixoto MAIA. “História da Constituição como história conceitual: *Marbury v. Madison* e o surgimento da supremacia constitucional”. In: *Revista Acadêmica*. Vol. LXXXI. Recife: Faculdade de Direito da UFPE, 2009, p. 463).

Independentemente da avaliação que se faça acerca dos limites do “transplante jurídico” realizado por Rui, considerando a tão marcada diversidade das ordens jurídicas brasileira e norte-americana, **são inequívocos os avanços representados pela inauguração, entre nós, da “legalidade constitucional”** – em cujo marco a organização do poder dá-se de modo que a Constituição adquire a posição de direito hierarquicamente superior e o Poder Judiciário exsurge como seu intérprete autorizado (Martin LOUGHLIN. *Political Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 163).

A partir do **HC 1.063, de 1898**, o Supremo Tribunal Federal encampa a doutrina de Rui Barbosa (José Elaeres Marques TEIXEIRA. *A doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005, pp. 93-99). Com isso, os atos do poder público passaram a ser objeto de um controle judicial mais eficaz: a doutrina brasileira do *habeas corpus* forja um meio processual mais célere do que o recurso extraordinário para que questões constitucionais sensíveis ao Estado de Direito fossem prontamente levadas à cognição do Supremo Tribunal Federal.

A criação de Rui padeceu, entretanto, de um defeito de origem, que fora até aprofundado pelos que sucederam o criador. No afã de qualificar a lei contrária à Constituição como **nula de pleno direito**,

“(…) a recepção da doutrina americana não contribui significativamente para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no Direito brasileiro. Também a fundamentação dogmática na chamada nulidade de pleno direito ou *ipso jure* jamais se afigurou precisa entre nós.” (Gilmar Ferreira MENDES. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 289).

Lúcio Bittencourt talvez tenha sido o primeiro a apontar para a defeituosa recepção da *judicial review* pelos tribunais e constitucionalistas pátrios. Notou que a doutrina nacional limitava-se a repetir os tratadistas americanos e portanto a aceitar, sem mais, que “*a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*”. E com perspicácia concluiu que **laborava de modo irrefletido a doutrina, ao não problematizar “a razão jurídica determinante desse efeito amplo”** (Carlos Alberto Lúcio BITTENCOURT. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 140-141).

Parece realmente que o brilho de descrições tão olímpicas, acerca dos fulminantes efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, cegou a doutrina constitucional para outros aspectos da fiscalização de constitucionalidade tão ou mais importantes. *Se, por um lado, o*

afastamento da aplicação de uma lei inconstitucional, a título incidental, pelo juízo monocrático, no curso de uma ação entre particulares, não rendia maiores problemas no que toca ao efeito temporal da inconstitucionalidade – sendo, ao contrário, desejável a retroatividade por quem suscitava a questão –, *outra era a situação quando o órgão jurisdicional responsável pela pronúncia de inconstitucionalidade era o Supremo Tribunal Federal.*

Neste último caso, **apenas repetir que o nulo não produz efeitos não se revelava suficiente para suprir a ausência de um mecanismo que conferisse um caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, de modo a irradiar efeito *erga omnes*, para além do caso submetido à sua apreciação.**

E uma primeira tentativa de imprimir efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal foi ofertada pela Constituição de 1934. Seu art. 91, inc. IV, estabelecia a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada, incidentalmente, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O Senado Federal, com seu ato – conquanto político e não ato de jurisdição –, emprestaria efeito geral ao que de início era restrito tão somente às partes (Raimundo de ARAÚJO CASTRO. *A Nova Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 246-247).

Embora a solução de 1934 tenha vigorado por pouco tempo, ante o advento do regime de força de 1937, o instituto foi reiterado nos textos constitucionais que se seguiram – de 1946 (art. 64), de 1967/69 (art. 42, inc. VII), e no de 1988 (art. 52, inc. X). Essa repetição, em nossas constituições, pode até levar a crer que o instrumento cumpria aquilo que dele era esperado; mas estava longe de ser esse o caso. (Cf. Gilmar Ferreira MENDES. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 41, n. 162. Brasília: Senado Federal, abril/junho de 2004, p. 149-168).

Não obstante os importantes desenvolvimentos dogmáticos e jurisprudenciais que se seguiram à implementação da Representação para fins de intervenção federal (Gilmar Ferreira MENDES. “A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade das leis”. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004), o enfrentamento adequado da necessidade de se dotarem as decisões do Supremo Tribunal Federal com efeitos gerais ganhou impulso definitivo com o estabelecimento da Representação de Inconstitucionalidade, pela **Emenda Constitucional 16/1965 à Constituição de 1946**. Nela, é uma questão

constitucional que figura como objeto de **cognição abstrata**, por via de ação (*principaliter tantum*).

Mas não foi exatamente por sua simples aparição no texto constitucional de 1946 que, de logo, os problemas relativos ao ponto foram resolvidos.

Isso porque um dispositivo que constava na Proposta de Emenda à Constituição 6/1965 (seu art. 5º), em que fora prevista **eficácia erga omnes às decisões do STF proferidas em sede de controle abstrato**, a partir da publicação da decisão no Diário Oficial da União, **não foi aprovado pelo Congresso Nacional** (publicação: Diário do Congresso Nacional de 6.11.1965, p. 800) – muito embora as discussões da referida PEC não registrem que os parlamentares tenham vislumbrado ameaça alguma na institucionalização desse novo mecanismo de controle (Leonardo Augusto de Andrade BARBOSA. *História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Edições Câmara, 2018, p. 90).

Com a rejeição ao art. 5º do texto original da PEC 6/1965, **aprofundou-se essa disfunção do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que se comenta**. Antes da EC 16/1965, o problema era que as pronúncias *incidentais de inconstitucionalidade* não conseguiam transcender o caso concreto julgado pelo STF (o que gerava problemas até de igualdade). **Após** a EC 16/1965, ao problema antigo somou-se um novo: o julgamento de uma *questão constitucional em via de ação direta* teria pouca ou nenhuma consequência *per se*. Porque, num caso ou no outro, **continuava a ser necessária a intervenção do Senado Federal para suspender a execução do ato**. Panorama que não sofreu alteração com a Constituição de 1967 e com a EC 1/1969.

Na tentativa de explicar esse curioso arranjo institucional, Celso Bastos propôs que a decisão que provia a representação de inconstitucionalidade possuía, sim, efeito *erga omnes*, todavia “ *a decisão do Pretório Excelso não tem o condão de privar a lei de sua executoriedade, vale dizer, da produção das consequências que a tornam eficaz* ” (Celso BASTOS. “Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade”. In: *Revista de Direito Público*. Vol. 5, Número 22, dezembro de 1972, p. 104). **Tal explicação, contudo, apenas deixava ainda mais evidente que o ordenamento jurídico conferira ao Supremo Tribunal uma competência, a de processar e julgar a ação direta, sem lhe entregar o instrumental necessário para o seu exercício: a eficácia erga omnes ao seu julgamento**.

A impraticabilidade da situação logo se tornou manifesta.

Por ocasião de uma troca de ofícios com o Senado Federal, com o objetivo de se executar uma decisão do Supremo em **Representação para fins de intervenção federal**, o então Diretor-Geral deste Tribunal formulou consulta à Presidência da Corte, solicitando instruções de como proceder.

O processo administrativo foi relatado pelo **Ministro Rodrigues Alckmin**, cujo parecer, aprovado pela Presidência (19.12.1974), pontificou, em síntese, que a **comunicação** do julgado ao **Senado Federal só tem lugar quando o STF afasta aplicação de lei ou ato normativo por fundamento de inconstitucionalidade em casos concretos, mas não para representações de inconstitucionalidade**. Desse gênero, a autoridade a ser comunicada é o Presidente da República caso se trate da espécie “representação para fins de intervenção federal”; diferentemente, “**nos demais casos de representação**, creio que seria de dar-se ciência do julgado à **autoridade competente para executar a lei ou ato normativo, para que lhe suste a execução**”. (Ana Valderez Ayres Neves de ALENCAR. “A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 15, n. 57. Brasília: Senado Federal, janeiro-março de 1978, p. 292-293)

Na mesma época, tramitava, em paralelo, consulta no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do **Ministro Moreira Alves**, que indagava se, na competência do Senado Federal de suspender, no todo ou em parte, **lei ou decreto**, se enquadravam os casos de pronúncias incidentais de inconstitucionalidade pertinentes a atos normativos outros, como **portarias, resoluções, instruções** (Processo Administrativo 4.477/1972). A decisão do Presidente do Tribunal (de 18.4.1977) respondeu à questão de modo afirmativo, contra o encaminhamento oferecido no parecer do relator, que empreendera interpretação restritiva.

Mas o fundamental do caso encontra-se em um *obiter dictum* exposto no parágrafo conclusivo, no qual o relator **divisou de modo claro os efeitos decorrentes das decisões do STF em Representação de Inconstitucionalidade** :

“10. Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta (**sou dos que entendem que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente, e, não, quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa a**

intervenção federal , a suspensão do ato é da competência do Presidente da República , e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia erga omnes e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos), em conclusão – repito – e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta, sou de parecer de que só se deverá fazer a comunicação, a que alude a parte final do artigo 180 do Regimento Interno, quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei (que abrange o elenco das figuras compreendidas no artigo 46 da Emenda Constitucional n. 1/69) ou de decreto, e, não, de quaisquer outros atos normativos”. (Ana Valderes Ayres Neves de ALENCAR. “A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 15, n. 57. Brasília: Senado Federal, janeiro-março de 1978, p. 303-304)

Como afiança o **Ministro Celso de Mello** , a partir desse entendimento foi definitivamente resolvido que os efeitos *erga omnes* do julgamento de uma **ação direta** que verifica a compatibilidade, **em abstrato** , de uma lei ou ato normativo em face da Constituição **não demanda** uma complementação deliberativa do **Senado Federal** (Celso de MELLO. *Constituição Federal Anotada* . 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 182).

A **generalidade da decisão** decorre da **generalidade do seu objeto** , o que a um só tempo dispensa que se oficie à “ *autoridade competente para executar a lei ou ato normativo, para que lhe suste a execução* ”, como propusera a manifestação do Ministro Rodrigues Alckmin, de 1974.

E foi assim que ficou finalmente estabelecido que “a **eficácia erga omnes da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e independia, portanto, de qualquer fundamento legal** ” (Gilmar Ferreira MENDES. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha* . 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291).

Indago : seria crível concluir que o Supremo Tribunal Federal laborou em “usurpação de poder”, ao conferir para si um poder que não lhe concedeu o Congresso Nacional, quando da aprovação da EC 16/1965, e que tampouco fora previsto nos textos constitucionais de 1967 e 1969?

A resposta, claro, só pode ser negativa.

O **silêncio das Constituições de 1946 (após EC 16/1965), de 1967 e de 1969**, sobre a abrangência do efeito de uma decisão que julga procedente representação de inconstitucionalidade de lei em tese, **jamais seria suficiente para interditar ao Supremo Tribunal Federal o exame de sua própria competência** .

O exercício de uma função pública sempre pressupõe uma afirmação de *como* ela deve ser exercida e em *quais* limites – na maior parte das vezes, de modo indireto, incidental e implícito, mas em tantas outras, até de modo expresso. No marco do constitucionalismo moderno, o princípio da **separação dos poderes** exige que as decisões do Poder Judiciário gozem do atributo da **definitividade** . Infensas, essas decisões, à revisibilidade por parte de outros órgãos e poderes, é inevitável que a **competência** do Poder Judiciário acabe por se tornar objeto de pronunciamento do próprio Poder Judiciário: **decisões sobre como decidir** (Cass R. SUNSTEIN e Edna ULLMANN-MARGALIT. “Second-Order Decisions”. In: Cass R. SUNSTEIN (org.). *Behavioral Law and Economics* . Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 187 e ss.).

Assim, tomada a decisão fundamental de submeter o exercício do poder ao marco de uma Constituição, e adotada a escolha institucional de implementar um **controle jurisdicional de constitucionalidade**, é esperado que a **demarcação definitiva das competências** de um Tribunal de cúpula do Poder Judiciário **fique a cargo do próprio Tribunal** . (Miguel Galvão TELES. “A competência da competência do Tribunal Constitucional”. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional* . Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 111 e 123).

Trata-se de realidade muito bem representada pelo **princípio da competência da competência** (*Kompetenz-Kompetenz*), e não de um falacioso “governo dos juízes” – **todo juiz possui competência e, nisso, o poder de examinar sua própria competência** (Otto PFERSMANN. “Não há governo dos juízes”. In: *Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no Século XXI* . Trad. Alexandre Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121).

Do quanto exposto, **fica assentado que este Tribunal longe ficou de incorrer em “usurpação de poder”** , ante a ausência de dispositivo legal expresso, quando **(i)** divisou que a **eficácia erga omnes** da pronúncia de inconstitucionalidade, proferida no processo de controle abstrato de normas, emanava da generalidade de seu objeto, **(ii)** ou quando passou a

enfrentar os **desmandos do Poder Executivo da Primeira República** , mediante contínua expansão, horizontal e vertical, do exame da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Não usurpa aquele que, sendo titular do principal, desenvolve o acessório. **Ambas as evoluções jurisprudenciais acima referidas simplesmente trataram de fornecer técnicas necessárias, e inerentes, ao exercício do poder jurisdicional** – respostas institucionais inéditas para problemas constitucionais até então únicos.

Hoje, com o benefício da distância histórica, conseguimos perceber o quão quixotesco era vocalizar, no âmbito da **Constituição de 1891** , que os magistrados não poderiam realizar controle de constitucionalidade, por ausência de dispositivo constitucional expresso; ou que questões de roupagem política, mas frontalmente atentatórias a direitos individuais, deveriam se manter fora da cognição do Supremo Tribunal Federal, para honra e glória de uma leitura disfuncional do princípio da separação dos poderes e do princípio da legalidade.

Notamos também a inusitada situação em que este Tribunal se encontrava na **década de 1970** , em que não lhe fora expressamente deferido o **instrumento necessário** para o exercício da sua competência de processar e julgar representação de inconstitucionalidade contra uma lei em tese, a **eficácia erga omnes** . Contexto que revela como era carente de sentido afirmar que o direito constitucional brasileiro seria intrinsecamente incompatível com o estabelecimento de decisões com efeitos *erga omnes* , porque “nossa tradição” perfilha a modalidade difusa de controle, cujo corolário é a adstrição *inter partes* da abrangência do julgado.

Agora, no presente, **por ocasião do julgamento das Ações Diretas ora em exame** , nos deparamos com mais uma variante dessa busca de se alçar a “tradição” a critério de constitucionalidade. Os requerentes impugnam a possibilidade de o **STF adotar, no exercício da jurisdição constitucional, as técnicas decisórias intermediárias** , que a seu juízo permitiriam uma violação do princípio da legalidade e da igualdade, ao possibilitar que os efeitos da declaração de nulidade tenham outro efeito que não a retroatividade pura e simples (“ *ab ovo* ”, fl. 15, Doc. 1, ADI 2.154/DF).

Também aqui a resistência ao novo é carente de sentido.

Mais do que preferências simplesmente teórico-doutrinárias, **a criação e adaptação de estilos e técnicas vocacionados a promover a garantia da supremacia da Constituição responde aos problemas e necessidades de um**

contexto histórico e político-institucional determinado . Tome-se o exemplo do audacioso e bem-sucedido projeto da jurisdição constitucional de Hans Kelsen, a *Verfassungsgerichbarkeit* : hoje não mais se duvida que sua conformação deve-se menos ao postulado metodológico da pureza e, mais, aos desafios que aquele tempo histórico apresentava, dentre os quais a difícil tarefa, a cargo da coalizão de Karl Renner, a quem Hans Kelsen assessorou na Constituinte de 1918-20, de implementar o **federalismo na Áustria**. (Stanley L. PAULSON. “Constitutional Review in the United States and Austria: notes on the beginnings”. In: *Ratio Juris* . Vol. 16, n. 2. Oxford: Blackwell, 2003, p. 237; Theo ÖHLINGER. “The genesis of the Austrian model of Constitutional Review of Legislation”. In: *Ratio Juris* . Vol. 16, nº 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003, p. 213)

O mesmo ocorre com a experiência constitucional brasileira, que trilhou seu próprio caminho, combinou institutos e técnicas de variados matizes e origens – e os reinterpreto – na intensidade e medida reclamadas pelos problemas constitucionais concretos que foram apresentados à jurisdição constitucional.

A adoção, entre nós, de **técnicas processuais** que veiculam **fórmulas decisórias intermediárias** , deve ser considerada sob esse enfoque.

2.2. Fórmulas decisórias intermediárias do art. 27 da Lei 9.868/99: necessidade de interpretação conforme à Constituição.

Pelo princípio da nulidade *ipso jure* , a inconstitucionalidade aparece como categoria unitária, indissociável da nulidade; que tal princípio não constitui postulado lógico-jurídico de índole obrigatória, mas uma *escolha* , bem o comprovam a doutrina e praxis da Áustria, desde a implementação da Corte Constitucional daquele país, em 1920 (Klaus SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen* . Munique: C. H. Beck, 1985, p. 162).

Mas a superação da ligação linear entre inconstitucionalidade-nulidade-retroatividade apenas tomou traços de premência com a **transformação do papel desempenhado pelo Estado Constitucional** , principalmente a partir da **segunda metade do século XX** . (Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE. “Naissance et développement de la notion d’État de

droit.". In: *Le Droit, l'État et la Constitution Démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle* . Ed. e Trad. Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000, p. 142-145).

Esse período foi marcado pela expansão das finalidades e tarefas do Estado. As várias necessidades individuais e coletivas passam a figurar como de responsabilidade do Estado, de quem se esperava não mais um mero absentismo fundamentado naquela rígida separação entre Estado e Sociedade, e sim a tarefa de compensar a desigualdade, promovendo inclusão. A nova missão dada ao Estado lhe confere até novo nome: Estado Social, Estado de Bem-Estar (Niklas LUHMANN. *Teoría Política en el Estado de Bienestar* . Madrid: Alianza, 1997).

Às novas obrigações do Estado foram correlatamente erigidos direitos em favor dos cidadãos. As tarefas materiais do poder público, prestações, precisavam receber tradução jurídica. E a visão dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa (*Abwehrrecht*) era insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional. Tal como observado por Walter Krebs, não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado (*Freiheit vom ...*), mas de desfrutar essa liberdade através do Estado (*Freiheit durch ...*) (Walter KREBS. "Freiheitsschutz durch Grundrechte". In: *JURA* , 1988, p. 617; Peter HÄBERLE. *Direitos fundamentais no Estado Prestacional* . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 16-18).

Complementarmente, ficou logo evidenciado que as pretensões materiais titularizadas pelos indivíduos exigem, para além de sua previsão constitucional e legislativa, também **medidas administrativas** (Robert ALEXY. *Theorie der Grundrechte* . Frankfurt: Suhrkamp, 1986, p. 395 e ss.). Mesmo os teóricos que aventavam uma incompatibilidade entre o tradicional Estado de Direito e as novas exigências do princípio do Estado Social assumiam o pressuposto que **a realização do Estado Social não apenas requer como depende da legislação e da Administração** . (Ernst FORSTHOFF. "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates". In: *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen, 1950-1964* . Stuttgart: W. Kohlhammer, 1964, p. 38)

Diante desse quadro, o desafio que começou a ser posto à jurisdição constitucional – e que até o momento permanece – era não permitir que as obrigações pactuadas entre Estado e cidadão tornassem-se mera promessa constitucional inconsequente. Perquiriu-se por técnicas jurídicas que materializassem as prestações assumidas pelo Estado, e os **direitos**

fundamentais logo se credenciaram como meio adequado para tanto: para além da já importante função de defesa, doutrina e da jurisprudência procederam à ampliação quantitativa e qualitativa de suas funções, após o término da II Guerra Mundial (Bodo PIEROTH. Bernhard SCHLINK. *Direitos Fundamentais* . 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 63-83).

E logo ficou claro que a técnica tradicional de declaração de nulidade de certo dispositivo normativo, que pode até se mostrar adequada para eliminar ofensas aos direitos de liberdade enquanto direitos de defesa (*Abwehrrechte*), **não fornecia resposta jurídica adequada** aos problemas típicos da implementação de direitos fundamentais com carga prestacional. Problemas como a **omissão inconstitucional** , que decorre do descumprimento de um imediato dever constitucional de **legislar** ou, a depender do caso, de adotar medidas **administrativas** .

O exemplo da **omissão parcial** é eloquente nesse sentido. Em tais situações, o que se apresenta é a **inconstitucionalidade de uma relação normativa** (*verfassungswidrige Normrelation*) (Jörn IPSEN. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt* . Baden-Baden: Nomos Verlag, 1980, p. 213 e ss.). É assim porque, na **omissão parcial**, a inconstitucionalidade não reside nesta ou naquela norma, mas na **disciplina normativa diferenciada** (*Unterschiedlichkeit der Regelung*), que vulnera o **princípio da isonomia**. Tem-se aí, com Hartmut Maurer, uma **inconstitucionalidade relativa** (*relative Verfassungswidrigkeit*), fenômeno até então inédito para a jurisdição constitucional, e que não conseguia ser solucionado com o mesmo instrumental utilizado para afastar ofensas aos direitos de liberdade e de propriedade, a declaração de nulidade *ipso jure* . (Harmut MAURER. "Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen". In: *Im Dienst an Recht und Staat: Festschrift für Werner Weber* . Berlim: Dunker und Humboldt, 1974, p. 345).

Para resolver situações inconstitucionais inéditas como aquelas oriundas do inadimplemento de direitos materiais (mas não somente, claro), o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) ocupou confortavelmente o papel de pioneiro no direito comparado. Desde o início de seu funcionamento, na década de 1950, a Corte desenvolveu **fórmulas decisórias intermediárias** que serviram de alternativa para questões em que a declaração de inconstitucionalidade acompanhada da **nulidade** da lei (uma *Nichtigkeitserklärung*) geraria um **resultado ainda mais inconstitucional** . Para isso, precisou ir além da simples declaração de nulidade que lhe era legislativamente deferida no § 78 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* – BVerfGG.

Bem o exemplifica o caso *Teuerungszulage*, de 1958 (BVerfGE 8, 1, Primeiro Senado, em 11 de junho de 1958). Dois servidores reputavam inconstitucional dispositivo de uma lei que fixava a estrutura remuneratória do funcionalismo público. O dispositivo proibia aumento salarial compatível com a desvalorização monetária. Ao julgar o caso, o Tribunal Constitucional vislumbrou que, em razão da alteração dos padrões econômicos, a realidade fática subjacente à veiculação da referida proibição não mais subsistia e, por isso, passava a conflitar com a exigência de garantir aos servidores um meio de subsistência adequado (art. 33, V, *Grundgesetz*). Situação que refletia uma omissão inconstitucional do legislador. Apesar de conceder que “ **em princípio**, uma lei que ofende a Constituição deve ser considerada **nula**”, o Tribunal Constitucional ponderou que a declaração de inconstitucionalidade da lei em questão “ **causaria uma situação na qual a ordem constitucional seria respeitada menos ainda**”.

Realizou-se, assim, uma **declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia na nulidade**, cujo pressuposto lógico é a superação da identidade pura e simples entre **inconstitucionalidade** e **nulidade**. Mediante essa técnica, o Tribunal não procede à eliminação da norma do ordenamento jurídico – o que causaria um resultado ainda mais inconstitucional. Apenas decide por sua **incompatibilidade** (*Unvereinbarkeitserklärung*).

Importante assinalar que, à época da prolação do acórdão acima transcrito (1958), **não havia dispositivo normativo algum**, na legislação ordinária ou na *Grundgesetz*, que autorizasse a **declaração de inconstitucionalidade sem a correlata pronúncia de nulidade**. Apenas em 1970, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional foi emendada para prever essa técnica decisória intermediária, mediante alteração do § 31, (2) e § 79, (1).

Para as demais modalidades decisórias das quais se vale o Tribunal Constitucional alemão, **continua inexistindo expressa previsão legal**. Nessa senda, por meio de evolução jurisprudencial, o Tribunal se vale de soluções as mais diversas (às vezes reconhece que certa situação é *ainda constitucional* ou que não é *ainda inconstitucional*, e vincula essa decisão com o “apelo ao legislador” para que, dentro de um determinado prazo, proceda à correção dessa situação etc.). E dificilmente há algum outro sistema de controle de normas que possua um número tão vasto de decisões situadas entre os extremos da declaração de inconstitucionalidade *ipso jure*

e a declaração de constitucionalidade (Gilmar Ferreira MENDES. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha* . 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224-225).

A importância desse movimento inicial do Tribunal Constitucional alemão é merecidamente reconhecida pelo constitucionalismo. A partir de então, a jurisdição constitucional abandona **sua função exclusivamente negativa de jurisdição de anulação** , e assume conscientemente **tarefas positivas** , ligadas à **recomposição interpretativa e à integração normativa do ordenamento** . (Gustavo ZAGREBELSKY e Valeria MARCENÒ. *Giustizia Costituzionale* . Bolonha: il Mulino, 2012, p. 338).

Disseminou-se, essa solução “positiva” de jurisdição constitucional, porque os impasses e problemas decorrentes dos novos papéis assumidos pelo Estado não eram privilégio alemão – eram, sim, comungados por outros países e até em maior medida.

Como bem pontuou **Carlos Blanco de Moraes** , a ampliação (e redimensionamento) do catálogo de direitos fundamentais das constituições, principalmente a partir da segunda vaga do constitucionalismo social (1976-1988), implica que sua implementação se tornasse ainda mais dependente de **medidas legislativas** (Carlos BLANCO DE MORAIS. *Curso de Direito Constitucional II: Teoria da Constituição* . Lisboa: Almedina, 2018, p. 111-120).

Os juristas da época mostravam-se incrédulos com a proliferação de leis, reservando a expressão “inflação legislativa” para descrever o novo papel abertamente instrumental que o direito positivo assumia no Estado Social (v. g. Francesco CARNELUTTI. “La morte del diritto”. In: *La crisi del diritto* . Pádua: Cedam, 1963, p. 180).

Com efeito, “a dilatação de campos, a especialização por diversos objetivos e procedimentos e a pulverização decisionista – conduzindo àquilo que se tem chamado de inflação legislativa e às leis *omnibus* (García de Enterría) – não reforçam a autoridade da lei. Muito pelo contrário: a função garantística transfere-se para a Constituição” (Jorge MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição* . Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 244-245)

Ao mesmo tempo em que a crescente complexidade social requer respostas cada vez mais rápidas da legislatura e dos órgãos que exercem função normativa, essa aceleração das mudanças sociais faz com que qualquer inovação no direito vigente torne-se uma empreitada de risco. A

lei não mais é considerada a expressão viva da razão. O legislador precisa atuar com eficiência e atingir objetivos estruturalmente significativos, mas, ao mesmo tempo, a realidade com que se depara é pluralista e por isso avessa a medidas homogeneizantes, que tendem a não contemplar esse traço social constitutivo (Peter HÄBERLE. *Pluralismo y Constitución – estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 103-129).

E a propósito de medidas excessivamente homogeneizantes e inflexíveis, Lucio Pegoraro e Angelo Rinella bem vislumbraram o risco sistêmico que pode causar a pronúncia de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo com nulidade *ex tunc* no contexto social complexo que ora aludimos:

“(...) intervenções em matéria social, fiscal, relativas de modo geral ao *welfare*, provocam profundas repercussões não somente no ordenamento jurídico, mas também na política, na economia, na sociedade. Os vazios ocasionados pela declaração de inconstitucionalidade muitas vezes não podem ser tempestivamente preenchidos e tampouco em casos extremos é viável para o legislativo e para o executivo lidar com as consequências decorrentes do novo entendimento de uma matéria, por obra do Tribunal de Constitucional (...) De outra banda, aparenta mais eficaz um outro remédio: **diferindo-se a eficácia da sentença, dá-se tempo ao legislador para providenciar as adequadas medidas**”. (Lucio PEGORARO e Angelo RINELLA. *Sistemi costituzionali comparati*. Turim: Giappichelli, 2017, p. 589)

Dessa forma, a expansão da atuação legislativa acabou por reforçar a necessidade de técnicas intermediárias de adjudicação constitucional: “ *Em muitos casos, a eliminação pura e simples da lei não remediará a inconstitucionalidade, mas concorrerá, paradoxalmente, a **produzir resultados de inconstitucionalidade ainda mais graves*** ”. (Gustavo ZAGREBELSKY e Valeria MARCENÒ. *Giustizia Costituzionale*. Bolonha: il Mulino, 2012, p. 338)

É bem esse o exemplo fornecido pelo caso *Re Manitoba Language Rights*, de 1985. Nele, a **Suprema Corte do Canadá**, até então partidária da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional, viu-se confrontada com a seguinte situação: desde 1890, a província de Manitoba descumpriu o mandamento constitucional de que todas as leis sejam publicadas em inglês

e em francês. A Corte se viu obrigada a ponderar: a nulidade *ex tunc* de todas as leis, em razão de apenas terem sido veiculadas na versão em inglês causaria um resultado ainda mais inconstitucional: “ a ordem jurídico-positiva (...) seria destruída e os direitos, obrigações e outros efeitos derivados dessas leis seriam inválidos e inexecutáveis ”. Assim, “ para evitar ‘anarquia’ e um ‘vácuo jurídico’ com ‘consequente caos jurídico’, a Corte suspendeu o efeito de seu julgamento – e por isso preservou temporariamente a validade das leis inconstitucionais – para dar tempo a Manitoba para republicar suas leis monolíngues em francês e inglês ” (Brian BIRD. “The judicial notwithstanding clause: suspended declarations of invalidity”. In: *Manitoba Law Journal* . Vol. 42, n. 1, 2019, p. 27).

Perceba-se, portanto, que as “ **fórmulas decisórias intermediárias**” (em sentido amplo) também atendem a **finalidades** e **valores** constitucionais, como os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da confiança legítima, da continuidade do serviço público, dentre outros. **São, por isso, modalidades decisórias com fundamento diretamente constitucional** , que densificam a força normativa da Constituição no exato instante em que viabilizam o exercício da jurisdição constitucional em situações que, não fossem tais técnicas, o *fiat justitia* acarretaria em um *pereat mundus* .

Exatamente por tais razões afirmei, no passado, em **sede doutrinária** , que quando a Lei 9.868/99 enumera técnicas decisórias como a declaração de nulidade sem redução de texto, a interpretação conforme à Constituição, a nulidade com eficácia a partir da decisão (*ex nunc*) ou de outro momento a ser definido na decisão do Tribunal Constitucional (caso do art. 27, ora impugnado), a utilização de tais modalidades decisórias, pelo Supremo Tribunal, “ **não decorre da disposição legislativa contida no art. 27, mas da própria aplicação sistemática do texto constitucional** .” (Gilmar Ferreira MENDES; Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999* . 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 497).

Igualmente imerso nessa senda, averbei, em meu voto na **ADI 1.987/DF** (de minha relatoria, Pleno, DJe 76, de 29.4.2010), que “f ica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 **tem caráter fundamentalmente interpretativo** , desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – revestem-se de base constitucional ” (fls. 46-47 do meu voto).

Também assim andou este Tribunal ao pontificar, na **Questão de Ordem na ADI 4.425/DF** , de relatoria do **Min. Luiz Fux** , que

“A **modulação temporal** das decisões em controle judicial de constitucionalidade **decorre diretamente da Carta de 1988** ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e **outros valores constitucionais relevantes** , notadamente a **segurança jurídica** e a **proteção da confiança legítima** , além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional”. (grifamos) (**QO na ADI 4425/DF** , Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, julgamento em 25.3.2015, DJ 4.8.2015).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal encontra eco no direito comparado. **Sarah Verstraelen** demonstrou que os tribunais constitucionais, de modo geral, modulam os efeitos de suas decisões independentemente de um motivo exposto no direito positivo: as Cortes Constitucionais “ *possuem um poder discricionário para decidir se é apropriado, ou não, limitar o efeito retroativo* ”. E, não obstante a diversidade de fundamentação nas decisões que operam modulação de efeitos, há um traço comum: “ **a proteção da segurança jurídica constitui a base de toda modulação temporal** ”. (Sarah VERSTRAELEN. “The temporal limitation of judicial decisions: the need for flexibility versus the quest for uniformity”. In: *German Law Journal* . Vol. 14, n. 9, 2013, p. 1699).

Nesse sentido, calha lembrar que o Tribunal Constitucional Espanhol há muito tempo também promove a modulação de efeitos temporais, com esteio no postulado da **segurança jurídica** . Assim atesta Eduardo García de Enterría, que noticiou, entre nós, a célebre **Sentença 45/1989** , pela qual a Corte da Espanha reputou inconstitucional o sistema de liquidação conjunta do Imposto sobre a Renda da “unidade familiar” matrimonial; mas o fez com **efeitos prospectivos** , a partir da data da publicação. (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. “Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”. In: *Revista de Direito Público* . Ano 22, n. 92, outubro-dezembro de 1989, p. 5).

A técnica continua em pleno uso , como denota a **STC 192/2016** , de 16.11.2016, que embora tenha declarado a inconstitucionalidade (formal) da Ley 5/2011, da província de Valência, que dispôs sobre guarda

compartilhada de filhos, procedeu à manipulação *ex nunc* dos efeitos, de modo a salvaguardar “as situações jurídicas consolidadas” (regimes de guarda devidamente constituídos sob a vigência da lei), ao fundamento de preservar o “interesse superior do menor” e o princípio da segurança jurídica. (María Dolores Mas BADÍA. “El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles – especial referencia a las valencianas.” In: *Derecho Privado y Constitución* . n. 31, janeiro-dezembro de 2017, p. 375)

Fundamental perceber que a larga utilização de técnicas de decisões intermediárias, com a modulação de feitos, pelo Tribunal Constitucional Espanhol, dá-se até hoje sem nenhuma disposição legislativa, e sim por construção jurisprudencial. **Francisco Fernández Segado** nos informa que tramitou, no Parlamento da Espanha, Projeto de Lei Orgânica, em 2005, que buscava inserir, no texto do art. 39 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, um regime jurídico dos efeitos temporais das decisões da Corte, mas a inovação não fora aprovada (“Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas.” In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* . Nº 12. Madrid: CEPC, 2008, p. 198)

Constatação que se reforça também por outra via, trabalhada pelo preclaro Ministro Teori Zavascki. O eminente jurista assertivamente divisou que quando o STF realiza uma ponderação entre valores constitucionais colidentes, cujo resultado exprime a necessidade de obtemperar a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, **tal atividade é tipicamente jurisdicional** :

“Registre-se que não é nenhuma novidade, **na rotina dos juízes** , a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo* . Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedor de outros valores constitucionais, **só resta ao julgador** – e esse é o seu papel – **ponderar os bens em conflito e optar pelas consequências menos gravosas ao sistema do direito (...)**. **Isso é julgar, não é legislar** . O legislador cria normas para disciplinar relações futuras. O Supremo, ao aplicar o art. 27 da Lei 9.868/99, faz juízo de valor sobre fatos passados e situações

já estabelecidas concretamente .” (Teori Albino ZAVASCKI. *A Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional* . 3ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 67-68). (grifo nosso).

Tanto a modulação de efeitos é **função tipicamente jurisdicional** que o STF procede à limitação temporal dos efeitos de suas decisões mesmo **antes** do advento da **Lei 9.868/99** (p. ex. **RE 79.343** , Rel. Min. Leitão de Abreu), embora episodicamente.

E, **depois dessa lei** , até mesmo em processos que não os de ação direta de inconstitucionalidade. Citemos o **MS 31.816/DF – AgR** (Redator para o acórdão Min. Teori Zavascki, Pleno, julgado em 27.2.2013), que embora tenha reputado que a apreciação dos vetos presidenciais, por parte do Congresso Nacional, viole a disciplina constitucional pertinente (art. 66, § 4º, CF), modulou os efeitos da declaração, preservando a higidez dos trabalhos legislativos passados e conservando a capacidade institucional futura do Poder Legislativo, cujas deliberações ficariam inviáveis se os cerca de 3.000 vetos pendentes devessem ser apreciados em ordem cronológica.

E mais: **MS 30.556/DF-AgR** , Rel. Min. Rosa Weber (revogação de medida liminar em mandado de segurança com efeitos meramente prospectivos); **RE 522.897/RN** , de minha relatoria, (superação do entendimento anterior sobre prescrição trintenária do FGTS); **QO no Inq. 687 /SP**, Rel. Min. Sydney Sanches (em que o Tribunal cancelou o enunciado da Súmula 394, ressalvando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam); **HC 82.959/SP** , Rel. Min. Marco Aurélio (em que declarada, com efeitos prospectivos, a inconstitucionalidade da vedação legal da progressão de regime para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com radical modificação da antiga jurisprudência do Tribunal); **RE 197.917/SP** , Rel. Min. Maurício Corrêa (foi limitado o efeito *ex tunc* para preservar o mandato de vereadores).

Por último, necessário mencionar o **RE 559.943/RS** , Rel. Min. Cármen Lúcia (Pleno, julgamento em 12.6.2008; DJe 182, de 25.9.2008). No caso, foi declarada a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991, no que previu prazo prescricional de 10 (dez) anos para contribuições previdenciárias, em violação à reserva de lei complementar exigida à espécie. Quando do julgamento, o Tribunal ponderou que melhor atenderia ao postulado da **segurança jurídica** conferir efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, porém ressalvando as ações judiciais propostas antes da conclusão do referido julgamento. Assim votei, na ocasião:

“Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Nesse sentido, eu diria que o fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e de prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento”. (fl. 61)

Assim, sob essa luz, o advento da **Lei 9.868/99** cumpriu relevante papel de desenvolvimento do controle abstrato de normas, servindo até como modelo para os Estados-membros. Realizou, assim, a “função de endereçamento” político-constitucional com o que os italianos descrevem o papel que se espera das leis (Paolo BARILE; Enzo CHELI; Stefano GRASSI. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 15ª ed. Pádua: Cedam, 2016, p. 230-234).

Função de endereçamento político-institucional também realizada pela **Lei 221, de 1894**, quando dispôs expressamente que os juízes e tribunais poderão deixar de aplicar leis inconstitucionais (art. 13, § 10) e, ao fazê-lo, conseguiu pôr fim a polêmicas que hoje nos parecem inacreditáveis (Lenio STRECK nos recorda que, até 1894, o STF compreendia que poderia apreciar a constitucionalidade **apenas de leis estaduais**, mas não federais – *Jurisdição Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 132).

O que a **Lei 221 de 1894** significou para o controle difuso, a **Lei 9.868/99** representa para o controle em abstrato de constitucionalidade. **Serviram, ambas, como impulso para a mudança**. O **Ministro Alexandre de Moraes** bem captou esse papel, ao verbalizar o que lhe parece a modulação de efeitos trazida na Lei 9.868/99: “ *Sempre entendi que a ideia foi de transição, transição do modelo tradicional brasileiro, de que o ato inconstitucional sempre foi nulo, mesmo no controle concentrado* ” (**Nonos Embargos de Declaração no RE 638.115/CE**, julgado em 18.12.2019, fl. 36).

Por isso, quando o art. 27 da Lei 9.868/99 prevê a possibilidade de o Tribunal conferir efeito prospectivo (*ex nunc* ou *pro futuro*) às suas

decisões, não incorre necessariamente em inconstitucionalidade, porquanto mesmo sem essa previsão o STF poderia assim proceder .

É bem verdade que há razões sistemáticas e institucionais para proceder à revisão desse quórum. Novos dispositivos normativos ampliaram a possibilidade de modulação de efeitos, como denota o exemplo do § 3º do art. 927 do CPC/2015, que autoriza a modulação na hipótese de mudança de jurisprudência.

Nesse sentido, no julgamento do RE 723651, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 5.8.2016, ponderei que:

Nós acompanhamos, o ministro Barroso e eu, a feitura do anteprojeto de lei que resultou na Lei nº 9.868 e tínhamos a consciência de que, tendo em vista a mudança que se desenhava na própria tradição brasileira da nulidade com eficácia *ex tunc* , era preciso admiti-la excepcionalmente. Daí, termos tomado como parâmetro o texto da Constituição portuguesa no que dizia respeito a sua redação, mas entendemos também de colocar uma proposta de caráter procedimental, que foi exatamente essa reserva quanto ao quórum, o quórum mais elevado que se tem para uma declaração do Tribunal.

Hoje, talvez, já se tenha afastado o temor em relação a esse tipo de prática, ou a qualquer abuso em torno da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, a limitação de efeitos, e vemos que até mesmo em sede de controle incidental isso já ocorre. À época, nós tratávamos apenas do tema no âmbito do controle abstrato de normas. Por isso, quando discutimos esse tema no precedente referido agora pelo ministro Celso, pareceu-me que era de se encaminhar a solução neste sentido de ficar com a restrição legal aplicável tão somente aos casos de declaração de inconstitucionalidade. E, claro, nós estamos a perceber que inclusive essa modulação de efeitos terá sempre a possibilidade de ser aplicada nos casos de mudança de uma jurisprudência vetusta, de uma jurisprudência pacificada.

De modo que eu também gostaria de reafirmar a posição que ali proferi. Eu acho até que o legislador não faria nenhum mal se, em algum momento, no futuro, viesse a atualizar o artigo 27, acredito que considerando a pacificação do entendimento quanto à possibilidade de modulação de efeitos, hoje já se percebe que é algo conatural à jurisdição constitucional. Acho que o legislador - estou falando agora *de lege ferenda* - não faria nenhum mal em atualizar o texto nesse passo para permitir a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* , eventualmente com modulação de efeitos, pelo mesmo

quórum que se exige para a própria declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, sob os ângulos democrático e institucional, a fixação de quórum diverso da maioria (simples ou absoluta) tem sido episódio mais comumente observado nas **democracias iliberais** .

É bem esse o preocupante caso do **Tribunal Constitucional Polonês** , que, em 2015, foi objeto de ataque autoritário do Governo daquele país. Por meio de modificação do art. 99 da lei orgânica daquela Corte, passou-se a exigir quórum de **2/3** para julgamento em **controle abstrato de constitucionalidade** .

A medida autoritária não passou despercebida da Comissão de Veneza . Na **Opinião 833/2015** , deixou assentado a Comissão que o quórum de 2/3 é absolutamente raro no direito comparado; e quando exigido, refere-se a competências absolutamente excepcionais, como testemunha o exemplo do banimento de partido político, na Alemanha, que requer maioria de 2/3 dos juízes do Tribunal Constitucional alemão (item 77). Ocorre que tais casos altamente excepcionais, e sensíveis, “ *não podem ser utilizados em apoio ao argumento [encampado pelo governo polonês] que a maioria qualificada é um padrão europeu* ” (item 78).

A **Comissão de Veneza** conclui, no ponto, que o quórum de 2/3, introduzido pela lei em questão atenta contra o *rule of law* . Assenta, também, que é incoerente requerer uma maioria qualificada em controle abstrato e satisfazer-se com maioria simples para casos individuais apreciados pela Corte:

“Isso significa que a lei poderia ser confrontada em processos abstratos ante o tribunal pleno e mesmo se houver uma maioria simples reputando a lei inconstitucional a lei deveria ‘sobreviver’ porque a maioria de 2/3 não fora obtida. A mesma lei poderia ser confrontada por meio de um caso individual e, nessa hipótese, uma maioria simples de quatro juízes, de sete, seria suficiente para anular a lei.” (European Commission for Democracy through Law. Opinion n. 833/2015 – *On Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland* , 106th. Plenary Session, 11-12 de março de 2016, p. 15) (tradução livre)

Nada obstante essas ressalvas, que servem como advertência para o aprimoramento institucional da jurisdição constitucional brasileira, especialmente no âmbito do Congresso Nacional, concluo pela constitucionalidade do dispositivo.

Ante o exposto , acompanho a divergência inaugurada pela eminente Ministra Cármen Lúcia e julgo improcedentes os pedidos.

Plenário Virtual - minuta de voto - 24/03/2023