

VOTO - VISTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. Nestas ações diretas de inconstitucionalidade ns. 2.154/DF e 2.258/DF se busca a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, que “ *dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*”.

2. A ação direta de inconstitucionalidade n. 2.154/DF foi ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL e nela se postula a declaração de inconstitucionalidade da parte final do art. 26 e do inteiro teor do art. 27 da Lei n. 9.868/1999, suscitando a Confederação, ainda, a inconstitucionalidade por omissão resultante do veto do Presidente da República aos textos normativos inicialmente constantes do art. 17 e dos §§ 1º e 2º do art. 18 do projeto de lei convertido na Lei n. 9.868/1999.

Pede-se a “ *procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, por omissão quanto à observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em relação ao processo da ação de constitucionalidade, dando-se ciência aos poderes competentes para a elaboração legislativa, conforme já requerido; e para declaração da inconstitucionalidade de seus artigos 26, parte final, alusivo à ação rescisória, e 27, tudo de conformidade com os fundamentos expostos e os pedidos devidamente formulados*”.

3. Na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.258/DF, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impugnou a parte final do § 2º do art. 11 e dos arts. 21 e 27 da lei questionada.

Afirma que “ *o § 2º do artigo 11 da lei impugnada vulnera o artigo 5º, inciso LIV e o artigo 102, I, “a” da Constituição Federal* ” e que o art. 21 da referida lei “ *ofende o artigo 5º, incisos XXXVII e LIV, e o artigo 102, I, “a”, com seu § 2º, da Lei Fundamental* ”. Argumenta ser “ *nula a norma inconstitucional, tendo em vista os preceitos da Lei Fundamental que garantem o Estado Democrático de Direito (art. 1º da [Constituição da República]) e o princípio da legalidade (art. 5º, II), os quais não admitem*

que aquilo que não é lei possa regradar condutas, o artigo 27 da Lei Federal 9.868 merece ter sua inconstitucionalidade também declarada”.

4. Ao adotar as razões apresentadas pela Advocacia-Geral da União, o Presidente da República afirmou a constitucionalidade da norma impugnada, ressaltando estar “ *descaracteriza [da] a legitimidade ativa da Requerente [Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL] , bem como a inexist [ên]cia d] os requisitos de plausibilidade jurídica da impugnação nem aquele do periculum in mora necessários à concessão da medida cautelar pretendida. Do mesmo modo, não se vislumbram razões para o deferimento definitivo dos pedidos”.*

5. O Presidente do Congresso Nacional manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, “ *ante a ausência de interesse processual para agir”*, e, no mérito, pela “ *ausência de periculum in mora e de fumus boni iuris”*.

6. Apensados os autos da ação direta de inconstitucionalidade n. 2.258 /DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, à ação direta de inconstitucionalidade n. 2.154/DF, cujo Relator originário era o Ministro Sepúlveda Pertence, adotou-se o rito do art. 12 da Lei n. 9.868 /1999, tendo sido “ *dispensada novas informações e a nova audiência da Advocacia-Geral”*, considerada a adoção pela Presidência da República dos fundamentos apresentados pelo Advogado-Geral da União.

7. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação direta ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL, por falta de legitimidade ativa *ad causam* da Autora em decorrência da inexistência de pertinência temática. No mérito, opinou pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade por omissão e, ainda, pela constitucionalidade dos artigos 11, § 2º, 21, 26, parte final, e 27 da Lei nº 9.868/1999.

8. Iniciado o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 2.154/DF e 2.258/DF em 14.2.2007, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. No mérito, após o voto do Ministro Relator, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade por

omissão, pertinente aos textos constantes do art. 17 e dos §§ 1º e 2º do art. 18 do projeto de lei convertido na Lei n. 9.868/1999, pedi vista dos autos quanto a esse específico ponto.

Tendo continuado o julgamento das ulteriores impugnações, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou o pedido de inconstitucionalidade do art. 26. Na sequência, rejeitou, por maioria, o pleito de inconstitucionalidade da expressão “ *salvo expressa manifestação em sentido contrário* ”, contida na parte final do § 2º do art. 11 e do art. 21, vencido, em ambos, o Ministro Marco Aurélio. Em seguida, suspendeu-se o julgamento por ausência ocasional de quórum.

Em 16.8.2007, em continuidade de julgamento, após o voto do Ministro Sepúlveda Pertente, então Relator, pela inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/1999, pedi vista dos autos também quanto a esse ponto.

9. Em 11.2.2016, devolvi os autos para julgamento.

10. Considerado o curso processual seguido até o presente momento, remanescem para julgamento duas controvérsias: a) a alegada inconstitucionalidade por omissão pertinente ao processamento das ações declaratórias de constitucionalidade por contrariedade aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois vetados o art. 17 e os §§ 1º e 2º do art. 18 constantes do projeto de lei convertido na Lei n. 9.868/1999; b) a inconstitucionalidade do art. 27 do mesmo diploma legal.

Inconstitucionalidade por omissão no processamento de ações declaratórias de constitucionalidade

11. Quanto à alegada inconstitucionalidade por omissão concernente à tramitação das ações declaratórias de constitucionalidade, notadamente pelo veto presidencial que incidiu sobre os textos normativos prefacialmente contidos no art. 17 e nos §§ 1º e 2º do art. 18 do projeto de lei convertido na Lei n. 9.868/1999, sustenta a Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL que “ *a sociedade civil, certa e legitimamente interessada na eficácia constitucional das leis que integram seu ordenamento jurídico, na qualidade de parte necessária na polaridade passiva da ação, foi simplesmente obliterada no texto final da lei* ”.

Argumenta que

“ a lei, tal como promulgada e publicada, feriu de morte princípios processuais de proclamação universal e tutelados na Lei Maior da República: o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

(...)

Se há conflito de interesse – via de regra qualificado por uma pretensão resistida – pretensão dos órgãos governamentais resistida pela sociedade civil, no todo ou em parte -, sua solução somente pode dar-se no âmbito de regular processo e não sob a forma de mero procedimento de jurisdição voluntária, o qual, ‘ data venia ’, transmuda-se, a teor da lei ora combatida, em procedimento de jurisdição autoritária.

(...)

Note-se, ainda, que não apenas os princípios do contraditório e da ampla defesa foram objeto da omissão do legislador no texto final, como também consagrou-se um caráter secreto às ações de constitucionalidade, pela supressão do dispositivo constante do projeto e que mandava publicar-se um edital dando conta ao povo do ajuizamento da ação. Por esse meio, é fácil concluir-se que, por hipótese, enquanto tenham curso arguições de inconstitucionalidade incidentais ou mesmo ação direta de inconstitucionalidade concentrada, poderá processar-se, por via solerte, a ação de constitucionalidade, cujo resultado tomará de surpresa todos aqueles que estejam empenhados na mesma lide, em outras sedes processuais”.

12. Tem-se nos dispositivos questionados, objeto de veto pelo Presidente da República, pela Mensagem n. 1.674, de 10 de novembro de 1999:

“ Art. 17. O relator determinará a publicação de edital no Diário da Justiça e no Diário Oficial contendo informações sobre a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, o seu autor e o dispositivo da lei ou do ato normativo.

Razões do veto

É fato que o número de ações diretas de inconstitucionalidade e de ações declaratórias de constitucionalidade propostas perante o Supremo é bastante volumoso, de modo que a aplicação do dispositivo implicará custos elevados e comprometimento da celeridade do processo sem uma justificativa razoável. O objetivo de conferir publicidade já se encontra assegurado, uma vez que é publicada no Diário da Justiça a distribuição de todas as ações diretas

de inconstitucionalidade e de todas as ações declaratórias de constitucionalidade.

(...)

Art. 18, §§1º e 2º

§ 1º Os demais titulares referidos no art. 103 da Constituição Federal poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação declaratória de constitucionalidade no prazo de trinta dias a contar da publicação do edital a que se refere o artigo anterior, podendo apresentar memoriais ou pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo estabelecido no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Razões do veto

Em relação ao § 1º, a razão é a mesma do veto ao § 1º do art. 7º. [Razões do veto: A aplicação deste dispositivo poderá importar em prejuízo à celeridade processual. A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no § 2º do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau da abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Cabe observar que o veto repercute na compreensão do § 2º do mesmo artigo, na parte em que este enuncia "observado o prazo fixado no parágrafo anterior". Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º].

O veto ao § 2º constitui consequência do veto ao § 1º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º.

Cabe observar que o veto a esses dispositivos repercute na compreensão dos arts. 19 e 20, na parte em que enunciam, respectivamente, "Decorrido o prazo do artigo anterior" e "Vencido o prazo do artigo anterior". Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada contando-se o prazo de manifestação do Procurador-Geral da República a partir de despacho do relator determinando a abertura de vista" (DOU 11.11.1999).

13. Na espécie, o primeiro item a ser considerado é se haveria a alegada omissão inconstitucional em matéria de processamento de ações declaratórias de constitucionalidade.

14. Tem-se a omissão inconstitucional quando a autoridade competente para adotar determinada providência, que torne eficaz direito constitucionalmente assegurado, deixa de agir na forma prevista no sistema.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 19, acentuou o Ministro Aldir Passarinho que *“a medida que alude o § 2º do art. 103 da [Constituição da República] , e cuja omissão deve ser suprida, há de se compreender como de caráter normativo e não referente à prática de ato em caso concreto”* (Plenário, DJ 23.2.1989).

Na lição de Canotilho, *“ omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conxionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional. As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição ”* (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* . 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1033-1034).

Para Jorge Miranda, *“por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial. A violação da Constituição, na verdade, provém umas vezes da completa inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente actividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional. (...) A inconstitucionalidade por omissão não surge apenas por carência de medidas legislativas, surge também por deficiência delas”* (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. Tomo II, 1988. p. 406-409).

Na espécie, consagrando-se, ainda uma vez, a permanente relevância e a estrita necessidade de observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não se vislumbra, na dicção constitucional desses princípios, qualquer exigência de produção normativa ou mesmo suposição de déficit estrutural na implementação legal desses princípios a autorizar o

ajuizamento desta ação direta de inconstitucionalidade, no ponto, por omissão.

No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.439/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, o Plenário deste Supremo Tribunal afirmou:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional . Desse non facere ou non praestare , resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133 /569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional . - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir providimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente” (DJ 30.5.2003, grifos nossos).

Assim, a omissão a ser questionada em ação direta de inconstitucionalidade é aquela decorrente da inércia estatal em estabelecer “ *medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição* ”. No presente caso, todavia, verifica-se ter a Lei n. 9.868/1999 estabelecido, a despeito da discordância argumentativa sustentada pela Confederação Autora, critérios procedimentais pertinentes à tramitação neste Supremo Tribunal das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade.

Insustentável, no ponto, a argumentação apresentada no pleito formulado pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, pois ausente a omissão do Poder Público na espécie vertente, não sendo pertinente, ademais, alegar-se configurada a omissão com base nos vetos apresentados pelo Presidente da República aos textos constantes do art. 17 e dos §§ 1º e 2º do art. 18 do projeto de lei convertido na Lei n. 9.868/1999.

15. Argumenta a Confederação que “ *os princípios do contraditório e da ampla defesa foram objeto da omissão do legislador no texto final* ”, sustentando, conseqüentemente, a legitimidade constitucional das proposições normativas postas no art. 17 e nos §§ 1º e 2º do art. 18 do projeto de lei versado na espécie, os quais foram objeto de veto pelo Presidente da República.

Como afirmado pelo Ministro Relator, citando abalizada doutrina, o veto é um “ *ato de natureza legislativa* ”, o qual se opõe à sanção, impedindo, conseqüentemente, a promulgação do projeto de lei, fazendo retornar, assim, a matéria à análise do Congresso Nacional.

O pretenso reconhecimento de legitimidade constitucional pelo Supremo Tribunal Federal de textos normativos vetados pelo Presidente da República, notadamente quando fundamentado o veto, como na espécie, em estrito juízo de conveniência, poderia consignar a este Supremo Tribunal um verdadeiro poder de interferência positiva na ordem legislativa.

A pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou, com fundamento na interpretação dos princípios da harmonia e independência entre os poderes, a impossibilidade de, em sede jurisdicional, criar-se norma geral e abstrata em substituição ao legislador.

Sem desconsiderar os relevantes argumentos de cunho jurídico-normativo trazidos pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, relativos ao adensamento da participação social no controle de constitucionalidade e à relevância do princípio do contraditório à função jurisdicional, a necessidade de análise dos fundamentos arguidos ante um viés intrinsecamente legislativo comprova estar a questão afeta aos Poderes Legislativo e Executivo, no exercício legítimo de suas competências.

Para afirmar a omissão inconstitucional na espécie vertente, este Supremo Tribunal teria de analisar a conveniência política das normas legitimamente elaboradas, e também vetadas, pelos representantes eleitos pelo povo, ocupantes de cargos no Poder Legislativo e no Executivo.

Reconhecer a insuficiência da Lei n. 9.868/1999, quanto à sistemática de tramitação das ações declaratórias de constitucionalidade, significa, a um só tempo, ultrapassar a barreira que fundamenta o princípio da separação dos poderes, cuja integração há se dar à luz dos princípios da harmonia e independência e, ainda, desconsiderar as opções políticas veiculadas pelos agentes legitimamente eleitos pelo povo para o exercício dessas funções.

Parece, pois, evidente a impossibilidade da acolhida do pedido de inconstitucionalidade por omissão formulado na inicial da Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL, pois importaria, ainda que em medida mínima, em convalidar a condição de legislador positivo dos membros do Poder Judiciário, em absoluto descompasso com o afirmado reiteradas vezes pelo Supremo Tribunal Federal:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - RESOLUÇÃO Nº 16.336/90 - INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO - MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS - INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - BANCADA PAULISTA NA CÂMARA FEDERAL - ELEVÇÃO IMEDIATA PARA 70 DEPUTADOS FEDERAIS - FUNÇÃO DO S.T.F.”

NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - SUA ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR NEGATIVO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 45, § 1º) - REGRA QUE NÃO É AUTO- APLICÁVEL - MORA CONSTITUCIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO AUTOMÁTICA DA REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR - SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA. - A norma consubstanciada no art. 45, § 1º, da Constituição Federal de 1988, reclama e necessita, para efeito de sua plena aplicabilidade, de integração normativa, a ser operada, mediante adequada intervenção legislativa do Congresso Nacional (interpositio legislatoris), pela edição de lei complementar, que constitui o único e exclusivo instrumento juridicamente idôneo, apto a viabilizar e concretizar a fixação do número de Deputados Federais por Estado-membro. - A ausência dessa lei complementar (vacuum juris), que constitui o necessário instrumento normativo de integração, não pode ser suprida por outro ato estatal qualquer, especialmente um provimento de caráter jurisdicional, ainda que emanado desta Corte. - O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o S.T.F., no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer. - O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não de omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política. - A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional (ADI 267-MC/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 19.5.1995, grifos nossos) .

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 8.713 /93 (ART. 8º, § 1º, E ART. 9º) - PROCESSO ELEITORAL DE 1994 - SUSPENSÃO SELETIVA DE EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA LEGAL - CONSEQÜENTE ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA LEI - IMPOSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO - DEFINIÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO COMPETENTE PARA EFEITO DE RECUSA DA CANDIDATURA NATA (ART. 8º, § 1º) - INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA - A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS -

SIGNIFICADO - FILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DOMICÍLIO ELEITORAL (ART. 9º) - PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE - MATÉRIA A SER VEICULADA MEDIANTE LEI ORDINÁRIA - DISTINÇÃO ENTRE PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE E HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW - CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. AUTONOMIA PARTIDÁRIA: (...), O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. (...) SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do substantive due process of law " (ADI 1.063-MC/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 27.4.2001, grifos nossos).

“RECLAMAÇÃO - ALEGADA TRANSGRESSÃO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADPF 53-MC/PI E SUPOSTO DESRESPEITO AO ENUNCIADO CONSTANTE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 04 - INOCORRÊNCIA - ATUAÇÃO DO PODER

JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO – INADMISSIBILIDADE – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (Rcl 14.075-AgR/SC, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 16.9.2014).

Não compete ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 3º do art. 103 da Constituição, como destacado pelo Ministro Celso de Mello,

“substituir, [também] nessa matéria, por seus próprios critérios, aqueles que só podem emanar, legitimamente, por expressa determinação constitucional, do legislador.

Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Não constitui demasia observar, por oportuno, que a reserva de lei – consoante adverte JORGE MIRANDA (“Manual de Direito Constitucional”, tomo V/217-220, item n. 62, 2ª ed., 2000, Coimbra Editora) – traduz postulado revestido de função excludente, de caráter negativo (que veda, nas matérias a ela sujeitas, como sucede no caso ora em exame, quaisquer intervenções, a título primário, de órgãos estatais não legislativos), e cuja incidência também reforça, positivamente, o princípio que impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos fundados em norma legal, de tal modo que, conforme acentua o ilustre Professor da Universidade de Lisboa, “quaisquer intervenções – tenham conteúdo normativo ou não normativo – de órgãos administrativos ou jurisdicionais só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autônomos de decisão” (Rcl 14.075-AgR/SC, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 16.9.2014).

No mesmo sentido, os seguintes julgados: Rcl 14.075-AgR/SC, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 16.9.2014; ADI 267-MC/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 19.5.1995; RE 614.407-AgR-segundo/DF, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJ 15.12.2014; AI 831.965-AgR/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJ 11.11.2014; RE 599.850-AgR/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 14.8.2014; RE 595.921-AgR/RS, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 20.11.2014; RE 742.352-AgR/RJ, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 15.8.2014; ARE 810.559-

ED/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 18.8.2014; ARE 787.994-AgR/GO, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 23.6.2014; ARE 638.634-AgR/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJ 29.4.2014; ARE 750.532-AgR/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 1º.4.2014; ARE 750.531-ED/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 2.4.2014; AI 494.225-AgR-segundo/PI, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 20.3.2014; RE 602.890-AgR/PR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 25.3.2014; ARE 723.248-AgR/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 3.2.2014; ARE 691.852-AgR/RS, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJ 21.11.2013; AI 702.590-AgR/RS, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 26.9.2013; RE 586.997-AgR/PR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 16.10.2013; RE 606.179-AgR/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJ 4.6.2013; RE 208.684-EDv-AgR-segundo/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 24.5.2013; RE 473.216-AgR/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 20.3.2013; RE 631.641-AgR/RS, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 13.2.2013; RE 709.315-AgR/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 14.12.2012; AI 764.201-AgR/PR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 23.4.2012; AI 744.887-AgR/SC, Relator o Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJ 12.4.2012; RE 432.460-ED-AgR-ED/DF, Relator o Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 26.2.2010.

Assim, para os fins da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não há como se afirmar, aqui, ter havido inércia seja do Poder Legislativo, vigente a Lei n. 9.868/1999, seja do Presidente da República de modo a se lhe imputar providência administrativa que ainda não tivesse sido por ele adotada e que poderia ser suprida pela procedência desta ação.

16. Ademais, releva notar ter sido o mérito da presente questão dirimido pelo Plenário deste Supremo Tribunal no julgamento da Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, no qual se reconheceu a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/1993.

Naquela assentada, este Supremo Tribunal assentou “ *que, mesmo sem facultar dita intervenção, era constitucional a criação pela EC 3/93 da ação declaratória de constitucionalidade* ”, tendo em vista a natureza objetiva dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, “ *aos quais, por essa natureza mesma, não se aplicam os preceitos constitucionais que*

dizem respeito exclusivamente a processos subjetivos (processo inter partes) para a defesa concreta de interesses de alguém juridicamente protegidos”.

Como asseverado no voto condutor daquele julgado, “*na ação direta de inconstitucionalidade, embora as mais das vezes haja legitimado passivo – o Poder ou órgão que elaborou o ato normativo -, não é ele imprescindível. Já na ação declaratória de constitucionalidade essa ausência não é apenas eventual, mas sempre ocorre, o que, porém, se coaduna, como já vimos, com a natureza do processo objetivo, a saber, a de um processo essencialmente unilateral, não-contraditório, sem partes, no qual há um requerente, mas não há necessariamente um requerido”* (Relator o Ministro Moreira Alves, Plenário, DJ 16.6.1995).

Corroborando esse argumento, afirmou o Ministro Sydney Sanches, naquela assentada, ser “*desnecessária a convocação, ou simples intimação dos legitimados ativos para a ação direta de inconstitucionalidade, para participarem, querendo, da ação direta de constitucionalidade. Se estão legitimados para a ação de inconstitucionalidade, nada obsta que a proponham, de maneira que a tese, por eles sustentada, possa ser examinada, em conjunto, pela Corte. Atuariam, assim, por meio de ação. E não de exceção”.*

Com efeito, apesar de esse instrumento de controle concentrado de constitucionalidade supor a preexistência de controvérsia jurisdicional que ponha em risco a presunção de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, não se pode perder de vista, conforme realçou o Ministro Celso de Mello na decisão monocrática proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.394,

“ que o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade - em cujo âmbito não se discutem situações individuais, nem se examinam interesses concretos - qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, destinado a viabilizar o julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas de validade de lei em tese (...) . Isso significa, portanto, tal como ressaltado, que, em face da natureza objetiva de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas” (DJ 8.8.2001).

Nessa linha, este Supremo Tribunal assentou que

“[o] postulado do contraditório, no processo de controle abstrato de constitucionalidade, vê-se atendido, de um lado, com a possibilidade de o órgão estatal defender, objetivamente, o próprio ato que editou, e, de outro, com a intervenção do Advogado-Geral da União, que, em atuação processual plenamente vinculada, deve assumir, na condição de garante e curador da presunção de constitucionalidade, a defesa irrestrita da validade jurídica da norma impugnada ” (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.434, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 22.11.1996).

17. Não se descuida, contudo, ter o Ministro Sepúlveda Pertence apresentado no julgamento da Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1/DF, e a despeito de ter acompanhado o Ministro Relator no resultado do julgamento, densas considerações argumentativas sobre a incidência do princípio do contraditório no processamento das ações declaratórias de constitucionalidade.

Ao ter sido acompanhado pelos Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso na afirmação de que *“ a solução adequada a assegurar o contraditório (...) é possibilitar a intervenção, para contrariar o pedido de declaração de constitucionalidade ”*, reconheceu o Ministro Sepúlveda Pertence, depois, que *“ a possibilidade do ingresso da ação direta de inconstitucionalidade da norma objeto da ação declaratória de constitucionalidade e a reunião dos processos para julgamento conjunto ”* mitigaria o desequilíbrio então aventado em decorrência da não inclusão, na emenda constitucional questionada, de meios que permitissem a clara incidência do princípio do contraditório nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Assim, mesmo sendo potencializado o interesse genérico de defesa da Constituição como fundamento de participação da sociedade no processo decisório relativo à ação declaratória de constitucionalidade, a intervenção pleiteada estaria atendida com a possibilidade de os legitimados proporem ação direta de inconstitucionalidade do mesmo dispositivo, com a reunião dos processos para julgamento conjunto, conforme realçou o Ministro Sepúlveda Pertence no seu voto.

Esse fundamento foi reforçado com a extensão da legitimação para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004 (posterior ao ajuizamento das presentes ações),

possibilitando às entidades excluídas pelo § 4º da norma originária do art. 103 da Constituição da República o protagonismo nessa ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Tal legitimação ainda favoreceu o ingresso desses legitimados como *amici curiae* em ação declaratória de constitucionalidade em trâmite, pois, apesar de diversos os requisitos da legitimação ativa (pertinência temática) e da intervenção de terceiros (representatividade dos postulantes), afigura-se ilógica a ideia de a entidade reconhecidamente legítima para provocar diretamente a manifestação deste Supremo Tribunal sobre a constitucionalidade de determinada norma não dispor de representatividade adequada para ingressar, como *amicus curiae*, em ação que tenha o mesmo objeto.

18. Tampouco o veto ao § 2º do art. 18 da Lei n. 9.868/1999 prejudica a participação social na jurisdição prestada em ação declaratória de constitucionalidade, pela possibilidade, conferida ao relator no § 1º do art. 20 da mesma lei, de requisitar informações, consultar peritos ou designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria submetida à discussão na ação declaratória de constitucionalidade.

Percebe-se, assim, que o procedimento previsto na Lei n. 9.868/1999 prestigia a racionalidade dos atos processuais e a celeridade na tramitação dos instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade, sem descuidar do ideal da sociedade aberta de intérpretes, preconizada por Peter Häberle, segundo o qual “[a] interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta”, que envolve “[t] odas as potências públicas, participantes materiais do processo social” (Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1997, p. 13).

19. Não demonstrada a omissão inconstitucional arguida pela Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL, **acompanho o Ministro Relator e julgo, no ponto, improcedente a ação direta de inconstitucionalidade n. 2.154/DF.**

Inconstitucionalidade da modulação de efeitos de decisão que declara a
inconstitucionalidade de lei ou ato normativo

20. O art. 27 da Lei n. 9.868/1998 possibilitou que este Supremo Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, module os efeitos dessa decisão tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social:

“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”.

Concedeu-se ao Supremo Tribunal Federal, portanto, a possibilidade de, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, restringir seu efeitos *ex tunc*, optar por efeitos *ex nunc* ou, ainda, fixar sua eficácia apenas para o futuro.

O dispositivo representa franco distanciamento da tradição constitucionalista brasileira, onde sempre imperou a ideia, derivada do direito constitucional norte-americano, de que o ato normativo inconstitucional é nulo e absolutamente incapaz de produzir quaisquer efeitos, de modo que a decisão que reputa determinada norma inconstitucional tem natureza meramente declaratória, com eficácia *ex tunc*.

Nos dizeres de Alexander Hamilton:

“Não há entendimento que dependa de princípios mais claros do que aquele de que todo ato da autoridade delegada contrário ao teor da delegação é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isso seria afirmar que o substituto é maior que o principal; que o servo está acima de seu mestre; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens agindo pela virtude de poderes, podem não apenas fazer aquilo que seus poderes não autorizam, mas também o que eles proíbem”
(HAMILTON, Alexander. *Federalist No. 78*. Disponível em:

<<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>>. Acesso em: 28 nov. 2017. Tradução livre).

A mesma tese foi sustentada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do paradigmático caso *Marbury v. Madison*:

“Certamente todos aqueles que adotaram constituições escritas as compreendem como lei fundamental e primordial da nação, e conseqüentemente a teoria de todos esses governos deve ser a de que um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”.

E arrematou:

“(...) a redação da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que deveria ser essencial a todas as constituições escritas, de que a lei contrária à Constituição é nula (...)” (Marbury v. Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 28 nov. 2017. Tradução livre).

Esse entendimento foi reforçado pela Suprema Corte norte-americana no julgamento de *Norton v. Shelby County*:

“Enquanto atos de um funcionário de facto que ocupe um cargo criado pela lei de forma legítima são frequentemente reputados válidos por razões de políticas públicas, os atos de uma pessoa que assume preencher e desempenhar os ofícios de um cargo que não existe de jure não podem ter qualquer validade pela lei.

Um ato inconstitucional não é lei; não confere direitos; não impõe deveres; não concede proteção; não cria cargo; é, sob o viés legal, tão ineficaz como se sequer tivesse existido” (Norton v. Shelby County, 118 U.S. 425 (1886). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/425/>>. Acesso em: 30 nov. 2017. Tradução livre).

21. No direito pátrio, Rui Barbosa, firme na tradição norte-americana, sustentava a tese de que *“ actos inconstitucionaes são actos nullos ”* e *“ de que actos nullos não surtem resultado legal ”* (BARBOSA, Ruy. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal. In: *Revista de direito público e de administração federal, estadual e municipal*, v. 1, n. 1, p. 27-35, jan./fev. 1921. p. 30).

Alfredo Buzaid, por igual, entendia que atribuir eficácia transitória a lei inconstitucional, até a publicação da decisão que a reputou inconstitucional, importaria negar, nesse período, a autoridade da Constituição:

“59. O que afirma, em suma, a doutrina americana e brasileira é que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, desde o seu berço e não a adquire jamais com o decurso do tempo. Se toda a doutrina da inconstitucionalidade se funda na antinomia entre a lei e a Constituição, e se a solução adotada se baseia no princípio da supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, atribuir a esta uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela sentença judicial, equivale a negar durante esse tempo a autoridade da Constituição. Por isso escreveu Esposito: ‘Com atribuir a algumas leis inconstitucionais (às que perdem a executoriedade só em seguida à declaração da Corte) uma eficácia temporária até a publicação do julgamento sobre a sua inconstitucionalidade, não se priva a Constituição de uma parte de sua eficácia em benefício das leis ordinárias?’. O fundamento da doutrina americana e brasileira está, pois, em que, no conflito entre a lei ordinária e a Constituição, esta sempre prepondera sobre aquela. Se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição.

60. Uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem um tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas são executórias, embora inválidas. Esposito observou que ‘as leis inconstitucionais, até a proclamação da Corte, são executórias, mas não obrigatórias: têm eficácia, mas não validade’. Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula. A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a ab initio. Embora executória até o pronunciamento definitivo do poder judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, ex tunc. O poder judiciário não modifica o estado da lei, considerando nulo o que inicialmente era válido. Limita-se a declarar a invalidade da lei, isto é, declara-a natimorta. (...)” (BUZOID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 130-132)

A jurisprudência deste Supremo Tribunal também adotava de forma pacífica o entendimento de que as leis inconstitucionais eram nulas:

“DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DE CERTO TRIBUTO, NÃO HÁ COMO DEFENDER VALIDADE DE PAGAMENTOS ANTERIORMENTE FEITOS, A PRETEXTO DE HAVEREM SIDO ESPONTANEAMENTE PAGOS, SE O IMPOSTO E INCONSTITUCIONAL, O VÍCIO ATACA-O NA ORIGEM, SENDO NULO O PAGAMENTO FEITO EM RAZÃO DELE”. (RE 33.146, Relator Ministro Afrânio Costa (convocado), Segunda Turma, DJ 16.5.1958)

“LEI ANULADA POR INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITOS EX TUNC. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA CASSAR A SEGURANÇA”. (RE 49.735, Relator Ministro Pedro Chaves, Segunda Turma, DJ 8.6.1966)

“- A LEI INCONSTITUCIONAL NÃO PODE PRODUZIR EFEITOS. NULIDADE DAS NOMEAÇÕES PRATICADAS SOB A SUA VIGÊNCIA”. (RE 61.410, Relator Ministro Themistocles Cavalcanti, Segunda Turma, DJ 28.6.1968)

“DECLARAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DEC.-LEI N. 322, DE 7 DE ABRIL DE 1967 (RTJ 44/54). ACÓRDÃO QUE, NÃO OBSTANTE ESSA DECISÃO, APLICOU, EM FAVOR DO LOCADOR, REGRAS CONTIDAS NESSE ATO LEGISLATIVO. NATUREZA DA DECISÃO QUE PRONUNCIA A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. SEU CARÁTER CONSTITUTIVO E SUA EFICÁCIA RETROATIVA. CASO EM QUE NÃO HÁ FALAR-SE NA PRESUNÇÃO, EM QUE SE ACHARIA O AGENTE, DE HAVER CONCLUÍDO CONTRATO SOB A PROTEÇÃO DA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO”. (RE 79.343, Relator Ministro Leito de Abreu, Segunda Turma, DJ 2.9.1977)

“I-A DECISÃO QUE EM AÇÃO DIRETA DECLARA A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI, TEM EFEITO ‘EX TUNC’. ASSIM SENDO, NÃO SE JULGA PREJUDICADA A REPRESENTAÇÃO QUANDO A LEI INQUINADA DE INCONSTITUCIONAL E REVOGADA NO CURSO DA AÇÃO DECISÃO TOMADA POR MAIORIA DE VOTOS.

II-PROCEDENCIA ‘IN TOTUM’ DA REPRESENTAÇÃO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS. O PAR-3. DO ART-97, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, NA PARTE EM QUE DISPÕE ‘NÃO HAVENDO COMPATIBILIDADE, APLICAR-SE-A A NORMA PREVISTA NO PAR-2. DESTE ARTIGO’, CONTRARIA O PAR-3. DO ART-104 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, VIGENTE PARA OS ESTADOS E MUNICÍPIOS (ART-13, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). O PAR-5. DO CITADO ART-97, POR SUA VEZ, AMPLIA

A PROIBIÇÃO EXPRESSA NO PAR-5. DO ART-104, DA CARTA FEDERAL". (Rp 971, Relator Ministro Djaci Falcão, Tribunal Pleno, DJ 7.11.1978)

E ainda: Rp 244, Relator Ministro Ribeiro da Costa, Tribunal Pleno, DJ 24.11.1955; Rp 415, Relator Ministro Antonio Martins Vilas Boas, Relator para o acórdão Ministro Henrique D'Avilla (convocado), Tribunal Pleno, DJ 17.8.1960; MS 7.275, Relator Ministro Cândido Motta, Tribunal Pleno, DJ 26.10.1960.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a promulgação da Constituição de 1988 preservou a estatura constitucional, antes já reconhecida por este Supremo Tribunal, do postulado da nulidade da lei inconstitucional:

"Na assembleia Constituinte de 1986-88, foi proposta a introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas haveria de perder eficácia ex tunc, ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir da data de sua publicação. Esse projeto, que observava, em linhas gerais, o modelo estabelecido no art. 282, § 4º, da Constituição portuguesa, foi rejeitado.

Preservou-se, assim, orientação que considera nula ipso jure e ex tunc a lei inconstitucional.

Esse entendimento tem base constitucional. O princípio do Estado de Direito, fixado no art. 1º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, consagrada no § 1º do art. 5º, a vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, que daí resulta, e a imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma constitucional, ressaltam a supremacia da Constituição. Do art. 5º, LXXI, da Constituição, que assegura a qualquer indivíduo que seja impedido de exercer um direito constitucional garantido em virtude da omissão dos órgãos legislativos o direito de reivindicar uma atividade legislativa mediante a propositura do mandado de injunção, pode-se concluir que não apenas os direitos fundamentais, mas todos os demais direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, vinculam os órgãos estatais.

A possibilidade de exercer direito a uma atividade legislativa mediante processo judicial ressalta o princípio da supremacia da Constituição e enfatiza a sua pretensão de eficácia.

O poder de que dispõe qualquer juiz ou Tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a determinado processo (CF, arts. 97 e 102, III, a, b e c) pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade. A faculdade de negar aplicação à lei inconstitucional

corresponde ao direito do indivíduo de recorrer-se a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-se-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição (art. 102, III, a).

Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional.

*Nessa medida, é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal que parecer reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição” (MENDES, Gilmar Ferreira . *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 367-368).*

Entretanto, no entendimento do Ministro Gilmar Mendes, isso não impede “ *o desenvolvimento de fórmulas intermediárias entre a nulidade e a simples declaração de constitucionalidade, tanto com fundamento na necessidade de nova forma de censura para atender os casos especiais (v.g., omissão inconstitucional) quanto com base em um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, a ideia de segurança jurídica* ” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Idem*, p. 368).

22. Também a Suprema Corte norte-americana, na qual floresceu a teoria da nulidade da lei inconstitucional, chegou a dar passos na direção de mitigar sua aplicação, admitindo a preservação de alguns dos efeitos já produzidos por normas posteriormente declaradas constitucionalmente inválidas.

Isso ocorreu no julgamento do caso *Linkletter v. Walker* , no qual se postulava a aplicação retroativa de precedente relativo ao uso de provas ilícitas nos Tribunais estaduais, inicialmente admitido pela Suprema Corte em *Wolf v. Colorado* , mas posteriormente repudiado em *Mapp v. Ohio*.

Naquela ocasião concluiu a Suprema Corte que a Constituição não exigia nem proibia o efeito retroativo das sentenças por ela proferidas, cuja eficácia temporal deveria, portanto, ser decidida conforme o caso:

“(...) Acreditamos que a Constituição não proíbe nem exige o efeito retroativo. Como asseverou o Justice Cardozo, ‘nós pensamos que a Constituição Federal nada diz sobre a matéria’.

*Uma vez aceita a premissa de que nós não somos obrigados nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos sopesar os méritos e deméritos de cada caso, analisando o histórico da decisão em questão, suas intenções e efeitos, e se sua aplicação retroativa promoveria ou retardaria sua eficácia. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta em referência à proibições de buscas e apreensões irrazoáveis da Quarta Emenda. Ao invés de ‘depreciar’ a Emenda, estaremos apenas aplicando a sabedoria do Justice Holmes de que ‘a vida da lei nem sempre tem sido lógica; tem sido uma experiência.’ Holmes, *The Common Law* 5 (Howe ed. 1963)” (*Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/case.html>>).*

Na ocasião, considerando a finalidade do caso *Mapp*, a confiança dos Estados na doutrina *Wolf* e os efeitos que a incidência retrospectiva do novo precedente teriam na administração da justiça, a Suprema Corte norte-americana manifestou-se contrariamente à eficácia retroativa do caso *Mapp*.

A atenuação gradual da teoria da nulidade da lei inconstitucional também pôde ser verificada na Europa, como esclarece o Ministro Gilmar Mendes:

“A análise do direito comparado demonstra uma forte tendência no sentido da universalização de alternativas normativas ou jurisprudenciais em relação à técnica de nulidade. Pode-se dizer que, independentemente do modelo de controle adotado, de perfil difuso ou concentrado, a criação de técnicas alternativas é comum aos mais diversos sistemas constitucionais. Também o Tribunal da Comunidade Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos curvaram-se à necessidade de adoção de uma técnica alternativa de decisão. É certo, outrossim, que esse desenvolvimento se faz com base em previsões constitucionais ou legais expressas ou implícitas, ou, ainda, com base em simples opção de política judiciária, como se reconhece nos Estados Unidos.

Em muitos casos, como visto, a adoção de uma declaração de inconstitucionalidade mitigada decorreu de construção pretoriana.

São os exemplos da Alemanha, na fase inicial, e da Espanha. Nesses dois sistemas, dominava a ideia do princípio da nulidade como princípio constitucional não escrito (§ 78 da Lei da Corte

Constitucional alemã; art. 39 da Lei Orgânica da Corte Constitucional espanhola). Essa orientação, todavia, não impediu que, em casos determinados, ambas as Cortes constitucionais se afastassem da técnica da nulidade e passassem a desenvolver fórmulas alternativas de decisão. Em outras palavras, a adoção formal do princípio da nulidade não impediu a adoção de técnica alternativa de decisão naqueles casos em que a nulidade poderia se revelar inadequada (v.g., casos de omissão parcial) ou trazer consequências intoleráveis para o sistema jurídico (ameaça de caos jurídico ou situação de insegurança jurídica)” (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 604).

23. No Brasil, este Supremo Tribunal tinha mitigado a aplicação da teoria da nulidade em casos pontuais antes mesmo do advento da Lei n. 9.868/1999. Na apreciação do recurso extraordinário n. 79.343 (Relator Ministro Leitão de Abreu, Segunda Turma, DJ 2.9.1977), o Ministro Leitão de Abreu, em *obiter dictum*, defendeu a necessidade de preservação de determinados efeitos produzidos pela lei posteriormente julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

“(...) A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”.

Posteriormente, ao apreciar o recurso extraordinário n. 78.533 (Relator Ministro Firmino Paz, Relator para o acórdão Décio Miranda, Segunda Turma, DJ 26.2.1982), a Segunda Turma deste Supremo Tribunal reputou válidos atos praticados por oficial de justiça cuja investidura no cargo se dera com base em lei depois declarada inconstitucional por este Supremo Tribunal Federal na representação n. 882 (Relator Ministro Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, DJ 15.6.1973).

No voto condutor do acórdão, o Ministro Décio Miranda sustentou que:

“Toda nulidade há de corresponder a uma finalidade prática. Não se decreta nulidade simplesmente pelo amor a formalidade que

poderia ter sido repetida nas mesmas condições, com ratificação do efeito produzido.

Assim, Sr. Presidente, a despeito das judiciosas considerações do eminente Relator, acho o caso compatível com um entendimento mais simples: o funcionário, não autorizado, tinha a seu favor a presunção de legitimidade, porque havia uma disposição regulamentar estadual que previa tal atuação.

Tudo isso leva a compor um quadro, em que à aparência de legalidade se acrescenta o fato decisivo da inexistência de prejuízo. Essa longa manus do juiz, investida num funcionário que mais tarde se veio a verificar não teria legitimidade, para a prática do ato, mas que, no momento, todos presumiam legítimo, obteve o mesmo resultado que o funcionário legítimo conseguiria.

Atento a tais circunstâncias, não posso aderir à proposta de nulidade envolvida no voto do eminente Relator”.

No julgamento do recurso extraordinário n. 105.789 (Relator Ministro Carlos Madeira, Segunda Turma, DJ 9.5.1986), a Segunda Turma, com base no princípio da irredutibilidade de vencimentos, manteve os efeitos de contagem de tempo de serviço feita com base em norma da Constituição de Minas Gerais declarada inconstitucional na representação n. 861 (Relator Ministro Oswaldo Trigueiro, Tribunal Pleno, DJ 11.12.1972).

Na ocasião, o Ministro Carlos Madeira assentou que a garantia da irredutibilidade de vencimentos

“(...) supera o efeito ex-tunc da declaração de inconstitucionalidade da norma, pois a averbação não se deu apenas para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, como previa o dispositivo da Constituição do Estado, mas para o de adição de vantagem pecuniária genérica por cada quinquênio de permanência do cargo”.

A Segunda Turma adotou entendimento mais temperado ao apreciar o recurso extraordinário n. 122.202 (Relator Ministro Francisco Rezek, Segunda Turma, DJ 8.4.1994), em que debatida a aplicação de lei de Minas Gerais sobre o sistema remuneratório da magistratura estadual declarada inconstitucional por este Supremo Tribunal na representação n. 1.379 (Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 11.9.1987).

Decidiu-se, então, que a manutenção dos efeitos da lei inconstitucional somente se justificava no período anterior à decisão deste Supremo Tribunal:

“Esta Corte tem jurisprudência (...) no sentido de prestigiar a irreduzibilidade judiciária poupando seus detentores de restituir ao erário montante inconstitucionalmente pago. Vá lá que assim seja, e, portanto, ainda que declarada a inconstitucionalidade de retribuição ou acréscimo de índole vária – e, mais, sendo erga omnes os efeitos desta declaração –, não se devolve seu valor pecuniário já ingresso no patrimônio do assalariado, que é o juiz, e em geral já despendido.

Essa ideia, provavelmente erigida sobre pilares como o da boa-fé e o da estabilidade das relações jurídicas, só se vê justificar enquanto se supõe válida a lei determinante de tais benefícios, porque ainda não apreciada em juízo de constitucionalidade pelo Supremo. Pretender vê-la subsistir mesmo após a declaração da inconstitucionalidade da lei por esta Casa é um despropósito. Importa fazer tábula rasa desse modelo de atividade jurisdicional que a órgão algum é dado, senão ao Supremo: apreciar a sanidade de uma lei frente à Constituição, e porventura hostil o diploma a esta última, proclamar sua insubsistência. Mantendo no caso concreto a vitalidade de determinado quadro normativo apesar de já declarado inconstitucional pelo Supremo, o acórdão recorrido expôs-se à correção extraordinária, no sentido de limitar seus efeitos ao período anterior à declaração de inconstitucionalidade da lei estadual 9262 – portanto, ao período de validade inquestionada desta última”.

A aplicação radical da teoria da nulidade foi, ainda, objeto de ponderações do Ministro Sepúlveda Pertence ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.102 (Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 17.11.1995, Tribunal Pleno):

“O ilustre Procurador-Geral da República trouxe à discussão matéria que também me preocupa, atinente ao radicalismo da doutrina americana ortodoxa de nulidade ab origine da norma declarada inconstitucional, que temos seguido, no Brasil, desde a adoção do controle difuso e incidente, mas que, na via do sistema concentrado e direto de controle, pode efetivamente gerar conseqüências gravíssimas.

De logo – a observação é de Eduardo García de Enterría – a conseqüente eficácia da pronúncia de inconstitucionalidade gera, no cotidiano da Justiça Constitucional, um sério inconveniente, que é o de levar os tribunais competentes, até inconscientemente, a evitar o

mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais sobre o passado.

O caso presente, entretanto, não é adequado para suscitar a discussão.

O problema dramático da eficácia ex tunc da declaração de inconstitucionalidade surge, quando ela vem surpreender uma lei cuja validade, pelo menos, era 'dada de barato', e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte a declarar-lhe a invalidez de origem. Não é este o caso: a incidência da contribuição social sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos vem sendo questionada desde a vigência da Lei 7.787, e creio que, nas vias do controle difuso, poucas terão sido as decisões favoráveis à Previdência Social.

(...)

Sou, em tese, favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade ex radice da lei inconstitucional, facultando-se ao Tribunal protrair o início da eficácia erga omnes da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade”.

24. Julgados nos quais alguns dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional foram preservados é suficiente para demonstrar que, ao proceder à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, este Supremo Tribunal não está aplicando o art. 27 da Lei n. 9.686/1999 em detrimento do postulado da nulidade da lei inconstitucional ou da supremacia da Constituição, mas sim procedendo à ponderação entre preceitos constitucionais, já que a lacuna resultante da declaração de nulidade pode “ *dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional*” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 375).

Não se desconhece que, em ao menos duas ocasiões, tentou-se incluir no texto constitucional a possibilidade de modulação de efeitos das decisões deste Supremo Tribunal que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A primeira se deu por iniciativa do Ministro Maurício Corrêa, então Senador na Assembleia Constituinte de 1986-1988. A segunda, por iniciativa do Ministro Nelson Jobim, então Deputado Federal, durante o processo de revisão da Constituição de 1994. Em ambos os casos, as propostas foram rejeitadas.

Entretanto, se modulação de efeitos é promovida com a finalidade de preservar-se a própria unidade da Constituição, não há como sustentar que o texto constitucional precisava autorizá-la expressamente. Ao modular os efeitos, este Supremo Tribunal aplica diretamente a Constituição da República, no sentido de limitar a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma com o fito de proteger a segurança jurídica, direitos fundamentais ou outros valores constitucionais que o Tribunal entenda devam ser preservados.

Como sustenta Daniel Sarmento, “ *é possível que uma norma legal se revel incompatível com a Constituição, mas que a sua supressão do universo jurídico, sobretudo quando realizada de forma retroativa, cause danos mais lesivos aos interesses e valores abrigados na ordem constitucional, do que a sua manutenção provisória* ” (SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: _____ (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99* . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 125).

Ao afirmar a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, este Supremo Tribunal sequer estaria exercendo juízo de ponderação entre a norma constitucional que protege os efeitos da lei inconstitucional e princípio da supremacia da Constituição. A ponderação realizada seria a norma protetora dos efeitos da aplicação do direito, em respeito ao princípio da segurança jurídica, e a norma constitucional violada pela lei constitucionalmente inválida. O desfazimento de tudo o que produzido ao fundamento de norma depois declarada inválida constitucionalmente é ponderação entre o princípio da segurança jurídica e da confiança no sistema jurídico, que antecede a declaração de inconstitucionalidade, e a norma contrária à Constituição.

Há de se considerar, ainda, que o modelo atual de Estado atribui a esta entidade a responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais pelas prestações positivas, a demonstrar a insuficiência do modelo de nulidade da lei inconstitucional para a proteção desses direitos.

25. Na pendência julgamento desta ação, este Supremo Tribunal tem procedido, em casos excepcionais, à modulação de efeitos de suas decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, **seja restringindo**

seus efeitos ex tunc (v.g. , ADI 3.660, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 9.5.2008; ADI 2.501, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 19.12.2008; ADI 4.140, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 20.9.2011; ADI 4.414, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 17.6.2013; ADI 4.876, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 1º.7.2014), **optando por efeitos ex nunc** (v.g. , ADI 3.615, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 9.3.2007; ADI 2.904, Relator Ministro Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 25.9.2009; ADI 3.601-ED, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 15.12.2010; ADI 4.029, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 27.6.2012; ADI 4.167-ED, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 9.10.2013; ADI 4.425-QO, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 4.8.2015; ADI 3.106-ED, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 13.8.2015; ADI 3.792, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 1º.8.2017; ADI 2.663, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 29.5.2017) **ou ainda determinando seus efeitos pro futuro** (v.g. , ADI 3.022, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 4.3.2005; ADI 3.819, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 28.3.2008; ADI 3.430, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 23.10.2009; ADI 875, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 30.4.2010; ADI 3.609, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 1.241, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 3.8.2017).

Não há, portanto, incompatibilidade entre o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e a Constituição da República.

26. Pelo exposto, voto no sentido de julgar improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade n. 2.154 e n. 2.258 também em relação ao art. 27 da Lei n. 9.868/1999 .