

## VOTO

**O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:** Trata-se de julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.154 e 2.258, em que se impugnam dispositivos da Lei 9.868/1999 – arts. 17 e 18, §§ 1º e 2º (inconstitucionalidade por omissão, em razão do veto presidencial sobre esses dispositivos), e arts. 11, § 2º, 21, 26 e 27.

Iniciado o julgamento nas sessões plenárias de 14/2/2007 e 16/8/2007, foi proferido voto do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em que se manifestou pela rejeição dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade dos arts. 11, § 2º, 21 e 26.

O extrato da ata daquela sessão registra que Sua Excelência acolheu a tese de inconstitucionalidade no tocante ao art. 27 da Lei 9.868/1999, que trata da possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Consta, igualmente, que o Plenário formou maioria em torno da rejeição dos pedidos de inconstitucionalidade dos arts. 11, 21 e 26, remanescendo ainda em aberto, em razão do pedido de vista da eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, a apreciação dos arts. 17 e 18, §§ 1º e 2º, e do art. 27. Confira-se:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Votou a Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), rejeitando a arguição de inconstitucionalidade por omissão, relativamente aos artigos 17 e 18, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.868/99, pediu vista a Senhora Ministra Cármen Lúcia. O Tribunal, por unanimidade, também rejeitou a impugnação da inconstitucionalidade do artigo 26. Por maioria, rejeitou a impugnação de inconstitucionalidade da expressão “salvo expressa manifestação em sentido contrário”, contida na parte final do § 2º do artigo 11, e do artigo 21, vencidos, em ambos, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou a Presidente. Em seguida, relativamente ao artigo 27, o julgamento foi suspenso por falta de quórum, ante as ausências ocasionais da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e Carlos Britto. Impedido o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Considerado o desenvolvimento procedimental até aqui efetivado, carecem de análise as controvérsias relacionadas às suscitadas

inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/1999 e inconstitucionalidade por omissão decorrente dos vetos apostos pelo Presidente da República aos arts. 17 e 18, §§ 1º e 2º, do referido diploma legislativo.

Quanto ao primeiro ponto, observo que a Lei 9.868/99 inovou em relação à ação direta, permitindo ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (modulação dos efeitos). Eis o teor do dispositivo:

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.

Como se sabe, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato brasileiro são, em regra: *erga omnes* (gerais), *ex tunc* (retroativos), vinculantes e repristinatórios.

Assim, declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que, como regra, *atos inconstitucionais são nulos*, e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*).

Importante ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado e, conseqüentemente, a retroatividade de sua nulidade alcança, inclusive, sentenças judiciais transitadas em julgado, uma vez que, conforme decidiu este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “ a rescindibilidade do acórdão conflitante ” decorre “ do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da conseqüente prevalência da orientação fixada pelo STF ”, afastando-se o argumento “ de que a decisão proferida na ADI não poderia retrotrair para alcançar decisão coberta pelo manto da coisa julgada, tendo em conta a jurisprudência da Corte quanto à eficácia *ex tunc*, como regra, da decisão proferida em controle concentrado, a legitimar a ação rescisória de sentença que, mesmo anterior, lhe seja contrária ” (Rcl 2600 AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Decisão: 14/9/2006).

Ao contrário do que sustentado pelos requerentes, contudo, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade na possibilidade de afastamento episódico do tradicional dogma da nulidade da lei declarada inconstitucional.

Tal possibilidade, que, como bem realçado pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA em seu voto, reflete uma técnica excepcional já conhecida da jurisprudência do TRIBUNAL mesmo antes da edição da Lei 9.868/1999 ((RE 79.343, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU, Segunda Turma, DJ de 2/9/1977; RE 78.533, Rel. Min. FIRMINO PAZ, redator para acórdão Min. DÉCIO MIRANDA, Segunda Turma, DJ de 26/2/1982; RE 105.789, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, Segunda Turma, DJ de 9/5/1986), encontra farta justificativa na necessária proteção à segurança jurídica e ao interesse social, valores igualmente prestigiados pela ordem constitucional brasileira, sobretudo em contextos em que a condenação pura e simples da norma declarada inconstitucional traduza um potencial de lesividade superior ao decorrente da sua manutenção provisória ou ao aproveitamento de alguns de seus efeitos.

Esse, a propósito, o motivo declarado que fundamentou a positivação da técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como se pode constatar da seguinte passagem da exposição de motivos da lei 9.868/1999:

No momento atual, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

[..]

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a ideia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que “ *the unconstitutional statute is not law at all* ” (cf. W.W. Willoughby, *The Constitutional limitations*, 1878, p. 227), passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade (cf. Laurence Tribe, *The American Constitutional Law*, p. 27).

[...]

Entendeu, portanto, a Comissão, que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante a decisão da

maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

Ao longo de mais de vinte anos de aplicação do art. 27 da Lei 9.868/1999, a jurisprudência desta SUPREMA CORTE edificou um sólido e amadurecido entendimento a respeito da compatibilidade constitucional da modulação dos efeitos da declaração de vício de inconstitucionalidade de ato normativa, seja porque a sua adoção decorreria da própria ponderação “ *entre o Estado de Direito na sua expressão legalidade e na sua vertente segurança jurídica* ” (ADI 3.462, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 15/9/2010), seja porque 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* ” (ADI 4.425 QO, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 04/08/2015).

Inexistente, portanto, qualquer inconstitucionalidade no dispositivo impugnado.

De outra perspectiva, a Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL sustenta que o veto presidencial incidente sobre os arts. 17 e 18, §§ 1º e 2º, do projeto que se converteu na Lei 9.868/1999 teria originado uma inconstitucionalidade por omissão, na medida em 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* ”.

Eis o teor dos dispositivos, acompanhados das razões de veto pelo Presidente da República (Mensagem 1.674/1999):

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 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.

Também com relação a esse ponto, a alegada inconstitucionalidade por omissão não merece prosperar.

Inicialmente, cabe anotar que, embora a natureza jurídica do veto seja um dos pontos que não encontram unanimidade na doutrina constitucional, essa manifestação de discordância com um projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo representa prerrogativa assegurada ao Presidente da República pela Constituição Federal, que, em seu art. 66, § 1º, dispõe: “ *Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte inconstitucional ou contrário ao interesse público, veta-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto* ”.

Nesse contexto, como bem salientado pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA em seu voto, a pretensão de que este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheça a legitimidade constitucional de normas vetadas pelo Presidente da República, no exercício de seu juízo de conveniência, importaria na assunção de uma condição de legislador positivo, o que não encontra amparo na jurisprudência da CORTE.

De fato, como recorrentemente destaco, apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de “guerrilhas institucionais”, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos.

Nesse contexto, a Constituição Federal consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se *teoria dos freios e contrapesos* (WILLIAM BONDY. *The Separation of Governmental Powers*. In: *History and Theory in the Constitutions* . New York: Columbia College, 1986; JJ. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Os Poderes do Presidente da República* . Coimbra: Coimbra Editora, 1991; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. Interferências entre poderes do Estado (Fricções entre o executivo e o legislativo na Constituição de 1988). *Revista de Informação Legislativa* , Brasília: Senado Federal, ano 26, n. 103, p. 5, jul./set. 1989; JAVIER GARCÍA

ROCA. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: maioria, minorías, controles. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, p. 7, abr./jun. 1999; JOSÉ PINTO ANTUNES. *Da limitação dos poderes*. 1951. Tese (Cátedra) Fadusp, São Paulo; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Conflito entre poderes*: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 2021; FIDES OMMATI. Dos freios e contrapesos entre os Poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 14, n. 55, p. 55, jul./set. 1977; JOSÉ GERALDO SOUZA JÚNIOR. Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o *parti pris* de Montesquieu. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, n. 68, p. 15, out./dez. 1980; JOSÉ DE FARIAS TAVARES. A divisão de poderes e o constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, n. 65, p. 53, jan./mar. 1980).

Tendo por parâmetros hermenêuticos esses núcleos axiológicos extraídos da Constituição Federal – separação de poderes e sistema de freios e contrapesos –, por mais relevantes que possam se mostrar as preocupações quanto à eventual participação da sociedade civil na Ação Declaratória de Constitucionalidade, a afirmação de omissão inconstitucional no presente caso pressuporia o pronunciamento quanto à conveniência política das normas elaboradas e vetadas em processo legislativo próprio à espécie, o que se mostra inviável ante a impossibilidade de esta SUPREMA CORTE atuar, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, como legislador positivo (ADO 22, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno, DJe de 3/8/2015; ADI 2.554-AgR, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno, DJ de 13/9/2002; ADI 1.063-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJ de 27/4/2001; ADI 1.755, Rel. Min. NELSON JOBIM, Pleno, DJ de 18/5/2001).

Não fosse por isso, observo que também em relação a esses aspectos procedimentais previstos nos arts. 17 e 18, §§ 1º e 2º, do projeto que se converteu na Lei 9.868/1999, a jurisprudência da CORTE evoluiu para permitir a ampla participação da sociedade civil por meio de outros mecanismos, a exemplo da possibilidade de requisição de informações adicionais, tal qual previsto no art. 20, §§ 1º, 2º e 3º, do referido diploma legislativo, bem como a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, expedientes que servem como relevantes fatores de legitimação democrática da jurisdição constitucional exercida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Diante do exposto, acompanho a divergência inaugurada pela eminente Ministra CARMEN LÚCIA para JULGAR IMPROCEDENTE a presente ação, (a) DECLARANDO A CONSTITUCIONALIDADE do art. 27 da Lei 9.868/1999, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade encontra fundamento direto na Constituição Federal, como consectário inevitável do exercício da Jurisdição Constitucional e da guarda do postulado da segurança jurídica; e (b) NÃO RECONHECER a alegada inconstitucionalidade por omissão.

É o voto.

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