

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Como visto, cuida-se de questão de ordem por mim submetida com o objetivo de dirimir qual o órgão competente para apreciar recursos internos manejados em face de decisões monocráticas, proferidas por Ministros desta Corte, em recursos extraordinários e recursos extraordinários com agravo interpostos contra acórdãos exarados em sede de ação direta estadual.

Entendo imprescindível a análise de tal questão, de modo a impossibilitar a adoção de procedimento de julgamento inadequado, com implementação de decisão intraprocessual que não encontra amparo legal ou regimental.

Com efeito, **a modulação dos efeitos não consiste em técnica de decisão suscetível de separação lógica relativamente à própria declaração de inconstitucionalidade. Pelo contrário, a modulação dos efeitos da decisão envolve justamente a ponderação do dogma da nulidade da norma incompatível com a Constituição Federal com outros postulados igualmente relevantes; e como tal não pode ser apartada do juízo de inconstitucionalidade.**

No julgamento da ADI 2.154, Red. do acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 20.6.2023, rememorei que, 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 a 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 ALEXANDER. *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 se tornassem 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 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 Humbolt, 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*).

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.). 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 a 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 remediaria a inconstitucionalidade, mas concorreria, 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, 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 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, Tribunal Pleno, DJe 29.4.2010, que “*fica 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 decidiu este Tribunal ao assentar, 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.” (ADI 4.425-QO/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 4.8.2015; grifo nosso).

Na mesma linha, o eminente Ministro Teori Zavascki 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 comprometedora 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 e incidível da própria declaração de inconstitucionalidade que o STF procede à limitação temporal dos efeitos de suas decisões mesmo antes do advento da Lei 9.868/99 (*v.g.* RE 79.343/BA, Rel. Min. Leitão de Abreu, Segunda Turma, DJ 3.9.1977), embora episodicamente. E, depois dessa lei, até mesmo em processos que não os de ação direta de inconstitucionalidade. Cite-se o MS 31.816-AgR/DF, Red. do acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 13.5.2013, que embora tenha reputado que a apreciação dos vetos presidenciais, por parte do Congresso Nacional, viole a disciplina constitucional pertinente (CF, art. 66, § 4º), 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-AgR/DF, 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); Inq 687-QO/SP, Rel. Min. Sydney Sanches (em que o Tribunal cancelou o enunciado da Súmula 394/STF, ressaltando 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 (Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º, 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).

Assim, é forçoso reconhecer que a técnica decisória da modulação dos efeitos é indissociável da declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica, de modo que se mostra inadequado cindir o julgamento para submetê-la a órgão diverso daquele que assentou a incompatibilidade do preceito legal com a Constituição Federal.

Desse modo, como visto, a modulação dos efeitos é ínsita ao juízo de inconstitucionalidade, de modo que esta Corte a implementa em qualquer espécie de processo, indistintamente. Convém salientar, contudo, a necessidade de observância do quórum qualificado quando houver declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, o que leva ao deslocamento da competência para o Plenário.

Vale ressaltar, nesse contexto, que esta Corte consolidou entendimento no sentido de que as ações diretas de inconstitucionalidade estaduais, mesmo quando aportam neste Tribunal por meio de recurso extraordinário, conservam sua feição objetiva, observando o respectivo regime jurídico. Senão vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. ENTIDADE PÚBLICA. PRAZO PARA RECORRER. CONTAGEM EM DOBRO: INAPLICABILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTEMPESTIVO. 1. Não se aplica o privilégio do prazo recursal em dobro no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Precedentes. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (ARE 830.727-AgR/SC, Red. do acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 26.6.2019).

Assim, uma vez reconhecido o caráter objetivo das representações de inconstitucionalidade estaduais, não desnaturado pela interposição de recurso extraordinário, é imperioso reconhecer a competência do Plenário para examinar, em quaisquer hipóteses, os recursos internos manejados, tanto em relação a aspectos processuais, quanto ao tema de fundo e também no que concerne a eventual modulação dos efeitos.

A corroborar o entendimento acima, cumpre realçar que, nos termos do decidido por esta Suprema Corte, na questão de ordem suscitada pelo Ministro Moreira Alves, no julgamento do RE 187.142/RJ (Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 2.10.1998), os pronunciamentos decisórios deste Tribunal, no âmbito de recursos extraordinários interpostos em face

de acórdãos proferidos em controle concentrado de constitucionalidade estadual, quando adentram o mérito da controvérsia, ostentam eficácia *erga omnes* e, igualmente, efeito vinculante. Inevitável, portanto, reconhecer a competência do Plenário para apreciar os recursos internos.

Todos esses fundamentos levam-me a reconhecer a competência do Plenário do Supremo Tribunal Federal para apreciar os recursos internos contra decisões monocráticas de Ministros desta Corte em recursos extraordinários interpostos contra acórdãos de ações diretas de inconstitucionalidade estadual.

Necessário, contudo, tendo em vista a prática então prevalecente no âmbito desta Suprema Corte, estabelecer que a **obrigatoriedade** de submissão dos recursos internos ao Plenário incide para todos os julgamentos iniciados a partir da publicação da ata desta questão de ordem, preservadas, portanto, a higidez e a eficácia das decisões já transitadas em julgado.

Dessa forma, submeto ao Colegiado questão de ordem pelo reconhecimento da competência do Plenário deste Tribunal para processar e julgar agravos internos e embargos de declaração em recursos extraordinários e recursos extraordinários com agravos relativos a processos objetivos estaduais, bem como, por decorrência lógica e de forma incindível, para proceder à modulação dos efeitos de suas decisões.

Ante o exposto, resolvo a presente questão de ordem, para estabelecer:

(a) a competência do **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **em quaisquer hipóteses**, para processar e julgar **agravos internos e embargos de declaração** em recursos extraordinários e recursos extraordinários com agravos interpostos em face de acórdãos proferidos em **ações diretas estaduais**;

(b) a **obrigatoriedade** de submissão dos **recursos internos** ao Plenário para todos os julgamentos iniciados a partir da **publicação da ata** desta questão de ordem.

É como voto.