

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS
DOUTORADO EM DIREITO

VLADIMIR CUNHA BEZERRA

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECLARAÇÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL E SEUS
FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE DIANTE DO CASO ESPECÍFICO COM
ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

VITÓRIA

2024

VLADIMIR CUNHA BEZERRA

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECLARAÇÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL E SEUS
FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE DIANTE DO CASO ESPECÍFICO COM
ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direitos e Garantias Fundamentais da
Faculdade de Direito de Vitória, como requisito
para obtenção do grau de Doutor em Direito, na
área de concentração Direitos e Garantias
Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Américo Bedê Freire Junior

VITÓRIA

2024

VLADIMIR CUNHA BEZERRA

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECLARAÇÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL E SEUS
FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE DIANTE DO CASO ESPECÍFICO COM
ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias
Fundamentais da Faculdade de Direito de
Vitória, como requisito para obtenção do grau de
Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Américo Bedê Freire Junior

Aprovada em 18 de março de 2024

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Junior
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Adriano Sant'ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória

Profa. Dra. Luciana Neves Gluck Paul
Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. Alexandre Rocha Almeida de Moraes
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

“Quando verificares com tristeza que nada sabes, terás feito seu primeiro progresso no aprendizado.”

Jigoro Kano

AGRADECIMENTOS

A Deus. Aos meus pais, por tudo, sempre, e nos mais elevados decibéis que minha garganta pode verter. Ao Biroba e à Cóiða, meus sobrinhos. À Camila, por todo apoio. À Simone. À Mariana e ao Mauricinho. Aos meus padrinhos, Pedro Paulo e Ana Helena.

Aos professores e funcionários da FDV, por serem tão prestativos e por serem tão dispostos em nos ajudar nas costumeiras angústias e dificuldades que marcam o caminhar acadêmico.

Aos meus amigos Alemão, Aline, Brenda, César, Elídio, Elisângela, Gabriel, Karine, Leonardo, Renan, Rodrigo, Rômulo e Zezé. Há ainda outros tantos que aqui eu poderia – ou deveria – mencionar. Obrigado por adicionarem doçura e alegria à – por vezes espinhosa – travessia que fazemos juntos.

Em especial, ao meu orientador, prof. Américo Bedê, por sempre estar disposto a me apoiar e por me ajudar a cruzar os mais tórridos desertos. Professor, obrigado. Agradeço pelo carinho, companheirismo e dedicação que me ajudaram em todos os momentos. Conte comigo, sempre!

Às minhas falecidas avós Nazinha e Minda. Àquela, por ensinar que é possível ser amigo da dor; a esta, por ensinar que “*num instante as horas passam*”.

RESUMO

O presente trabalho avalia qual o fundamento de legitimidade para o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade. Também questiona se a possibilidade de o Supremo modular os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade deflui da previsão estatuída no artigo 27, da Lei 9.868/1999; e também analisa pontos que ensejam a demora para se proferir um julgado de declaração de inconstitucionalidade, uma vez que isso pode ensejar a necessidade de modulação. Sustenta que é possível a modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, mas o fundamento para que o Supremo Tribunal Federal o faça não decorre necessariamente do artigo 27, da Lei 9.868/1999, mas sim dos direitos fundamentais possivelmente implicados pela operação de efeitos retroativos da nulidade a ser irradiada no caso submetido à análise do Supremo, fazendo com que a modulação seja uma garantia fundamental, cujo fundamento de legitimidade há de ser observado dentro do caso concreto. Interessa ao programa de Direitos e Garantias Fundamentais o estudo da modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade como algo a assegurar um ou mais direitos fundamentais que, porventura, possam ser atingidos pelo já dito efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade. Utiliza-se como teoria de base uma formulação com aptidão a abordar o Direito como algo a ser construído a partir de uma situação com a qual se depara; em vez de algo necessariamente já dado, de forma pré-estabelecida. Recorre-se, neste particular, à teoria de Theodor Viehweg, um dos precursores da argumentação jurídica; bem como à retórica de Aristóteles. É feita uma avaliação qualitativa de fundamentações constantes de acórdãos do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade para sustentar as modulações de efeitos realizadas. Também faz uma análise da utilização do rito sumário previsto no ARTIGO 12 DA Lei 9.868/1999, pelo Supremo Tribunal Federal, o que acaba fazendo, quando o Supremo não avalia a medida cautelar requerida, com que haja uma demora no pronunciamento sobre a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. O método utilizado foi o indutivo, porque se fez a análise dos dados qualitativos das decisões da Suprema Corte para a construção de um quadro geral.

PALAVRAS-CHAVE: modulação; inconstitucionalidade; direitos fundamentais; caso específico; tópica.

ABSTRACT

This work evaluates the foundation of legitimacy for the Brazilian Supreme Court to modulate the effects of a declaration of unconstitutionality. It also questions whether the possibility of the Supreme Court modulating the effects of a declaration of unconstitutionality derives from the provision established in article 27 of Law 9.868/1999; and also analyzes points that give rise to the delay in pronouncing a judgment of declaration of unconstitutionality, since this may give rise to the need for modulation. It maintains that it is possible to modulate the effects of declarations of unconstitutionality, but the basis for the Federal Supreme Court to do it does not necessarily comes from article 27 of Law 9.868/1999, but rather from the fundamental rights possibly implied by the operation of retroactive effects of the nullity to be radiated in the case submitted to the analysis of the Supreme Court. The FDV's doctorate is interested in studying the modulation of the effects of declarations of unconstitutionality as something to ensure the fundamental rights that may be affected by the mentioned retroactive effect of the declaration of unconstitutionality. That is, the foundation of legitimacy for the modulation of effects must be observed within the specific case. For this purpose, a formulation capable of approaching Law as something to be constructed based on a situation with which it is faced is used as a base theory; instead of something necessarily already given, in a pre-established way. In this regard, the theory of Theodor Viehweg, one of the forerunners of legal argumentation, is used; as well as Aristotle's rhetoric. A qualitative search is made of constant reasoning of the Federal Supreme Court judgments in direct actions of unconstitutionality to support the modulations of effects carried out. It also analyzes the use of the summary rite provided for in article 12 of Law 9.868/1999 by the Federal Supreme Court, which ends up doing, when the Supreme Court does not evaluate the required precautionary measure, with a delay in pronouncing on the unconstitutionality of the contested legislative act. The method used was the inductive, because the analysis of the qualitative data of the decisions of the Supreme Court was made for the construction of a general picture.

KEYWORDS: modulation; unconstitutionality; fundamental rights; specific case; topics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO ASSEGUADOR DA CONSTITUIÇÃO E OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	25
1.1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E ATUAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS	25
1.2 SOBRE OS EFEITOS (RETROATIVOS) DAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO	31
1.2.1 A nulidade da lei inconstitucional como tradição no controle de constitucionalidade brasileiro	31
1.2.2 A respeito da diferença entre os sistemas americano e austríaco em relação à retroação – ou não – dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade. 32	
1.2.3 O controle de constitucionalidade no Brasil mescla tradições das fontes do controle difuso e concentrado	34
1.3 UM ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A MODULAÇÃO DE EFEITOS NAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	35
1.4 A PREVISÃO ESTATUÍDA NO ARTIGO 27 DA LEI Nº 9.868/1999	39
1.4.1 As razões de segurança jurídica	40
1.4.2 As razões de excepcional interesse social.....	41
1.4.3 O quórum para modulação.....	44
1.4.4 Sobre as críticas ao instituto da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade tal como previstas no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 ..	46
1.4.5 O recente julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258 e a transcendência dos motivos determinantes: a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal ter estabelecido um programa a ser seguido para as modulações de efeitos das declarações de inconstitucionalidade	47

1.5	A MODULAÇÃO COMO RESULTADO DE UMA NECESSIDADE CONSTATADA CASO A CASO E NÃO EM FUNÇÃO DE UMA PREVISÃO LEGAL (A MODULAÇÃO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL)	53
1.5.1	Um breve apontamento a respeito do encadeamento da fundamentação das decisões que modulam efeitos nas declarações de inconstitucionalidade com a legitimidade democrática a ser alcançada pelo Supremo Tribunal Federal	56
1.6	UM COMENTÁRIO NECESSÁRIO A RESPEITO DA COMPATIBILIDADE DO REFERENCIAL TEÓRICO ADOTADO E AS CARACTERÍSTICAS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	59
2	DO PROBLEMA À FUNDAMENTAÇÃO: DA TÓPICA DE THEODOR VIEHWEG À RETÓRICA DE ARISTÓTELES	62
2.1	SOBRE A TÓPICA DE THEODOR VIEHWEG: A SOLUÇÃO A PARTIR DO PROBLEMA EM ANÁLISE	62
2.2	UMA BREVE INCURSÃO NA TÓPICA DE ARISTÓTELES E NA TÓPICA DE CÍCERO A PARTIR DE VIEHWEG.....	66
2.3	A TÓPICA NO <i>IUS CIVILE</i> E NO <i>MOS ITALICUS</i> E NA CIVILÍSTICA DE ACORDO COM A ANÁLISE DE VIEHWEG	68
2.4	SOBRE A FUNÇÃO DA TÓPICA EM VIEHWEG	71
2.5	DA TÓPICA À RETÓRICA: A IMPORTÂNCIA DE UMA ARTE PARA A AVERIGUAÇÃO DOS FUNDAMENTOS.....	72
2.6	BREVES APONTAMENTOS SOBRE A RETÓRICA DE ARISTÓTELES....	75
2.7	AS DIMENSÕES DA RETÓRICA ARISTOTÉLICA: A PERSUAÇÃO PELO <i>LOGOS</i>	77
2.8	AVALIAÇÃO DE JULGADO ORIUNDO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO COM UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS DE TÓPICA E DE RETÓRICA APONTADOS	79
2.8.1	Breve esboço do plano de análise do julgado selecionado.....	82
2.8.2	Avaliação de alguns dos cargos previstos nos diplomas normativos declarados inconstitucionais.....	84
2.8.2.1	Avaliação a respeito do cargo de coordenador geral da saúde da família.....	84

2.8.2.2 Avaliação a respeito do cargo de diretor de estabelecimento escolar	85
2.8.2.3 Avaliação a respeito do cargo de assistente especial de esportes.....	85
2.8.2.4 Avaliação a respeito do cargo de coordenador especial de obras públicas	86
2.8.2.5 Avaliação a respeito do cargo de gerente de departamento.....	87
2.8.3 Comentário geral a respeito dos cargos avaliados exemplificativamente ...	87
2.8.4 Avaliação da fundamentação constante do acórdão objeto desta análise	89

3 AVALIAÇÃO SOBRE AS FUNDAMENTAÇÕES REALIZADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS MODULAÇÕES DE EFEITOS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	92
3.1 EXPLICAÇÃO PRÉVIA A RESPEITO DO LEVANTAMENTO REALIZADO	94
3.2 DESCRIÇÃO DO LEVANTAMENTO.....	96
3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.791	96
3.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.628	98
3.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.791	99
3.2.4 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.639	100
3.2.5 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.904	102
3.2.6 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.641	103
3.2.7 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.590	105
3.2.8 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.430	106
3.2.9 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.609	107
3.2.10 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.796	108
3.2.11 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.736	109
3.2.12 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.233	110
3.2.13 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.782	111
3.2.14 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.681	112
3.2.15 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.682	113
3.2.16 Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.762	114
3.2.17 Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.741	116
3.2.18 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.317	117
3.2.19 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.283	118

3.2.20 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.098	120
3.2.21 Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.126	121
3.2.22 Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.472	122
3.2.23 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.907	123
3.2.24 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.580	124
3.2.25 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.660	125
3.3 LEVANTAMENTO COMPLEMENTAR AO RELATADO NO ITEM 3.2 ...	127
3.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.312	129
3.3.2 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.310	130
3.3.3 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.295	130
3.3.4 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.302	130
3.3.5 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.306	131
3.3.6 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.282	132
3.3.7 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.510	132
3.3.8 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.915	133
3.3.9 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.037	134
3.3.10 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.093: um interessante exemplo de decisão que parece buscar a solução a partir do problema apresentado ..	135
3.4 ANOTAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE OS LEVANTAMENTOS REALIZADOS.....	137
 4 TENTANDO IDENTIFICAR PONTOS A PARTIR DOS QUAIS A MODULAÇÃO SE FAZ NECESSÁRIA: QUESTÕES ATINENTES À UTILIZAÇÃO DO RITO SUMÁRIO NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (PREVISÃO DO ARTIGO 12 DA LEI 9.868/1999).....	 139
4.1 HÁ COMO SE IDENTIFICAR PONTOS A PARTIR DOS QUAIS A MODULAÇÃO SE FAZ NECESSÁRIA?.....	139
4.2 SOBRE A DEMORA PROCESSUAL. E SOBRE O FATOR <i>TEMPO</i> NA TRAMITAÇÃO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	140

4.3	SOBRE O RITO (SUMÁRIO) ESTABELECIDO PELO ARTIGO 12 DA LEI 9.868/1999: RELAÇÃO ENTRE O RITO SUMÁRIO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E A NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS	141
4.3.1	Apontamentos a respeito do rito estabelecido pelo artigo 12 da nº 9.868/1999	142
4.3.2	Sobre a necessidade de se compreender que os planos da <i>sumariedade cognitiva</i> e <i>sumariedade formal</i> implicam providências que não se excluem.....	145
4.3.3	Falta de fundamentação para adoção do rito sumário nas ações	147
4.4	SOBRE A POSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO DA MEDIDA DE TUTELA DE URGÊNCIA PLEITEADA CUMULATIVAMENTE COM A ADOÇÃO DO RITO DO ARTIGO 12 DA LEI 9.868/1999: O EXEMPLO DA ARGUIÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 323 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.365	149
4.5	LEVANTAMENTO DE AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA AFERIR A RELAÇÃO ENTRE A NÃO CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR E A NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS	152
4.5.1	Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.791	154
4.5.2	Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.628	155
4.5.3	Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.791	156
4.5.4	Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.639	158
4.5.5	Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.904	159
4.5.6	Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.641	160
4.5.7	Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.590	162
4.5.8	Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.430	163
4.5.9	Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.609	164
4.5.10	Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.796	165
4.5.11	Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.736	165
4.5.12	Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.233	167
4.5.13	Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.782	168

4.5.14 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.681	169
4.5.15 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.682	170
4.5.16 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.867	171
4.5.17 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.498	172
4.5.18 Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.500	173
4.5.19 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.009	173
4.5.20 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.001	174
4.6 BREVE FECHAMENTO SOBRE A AVALIAÇÃO EMPREENDIDA NESTE CAPÍTULO: O PONTO DO RITO SUMÁRIO.....	175
4.6.1 A compatibilidade entre eventual adoção do rito sumário e a avaliação de medidas cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade.....	175
4.6.2 Uma preocupação que permanece: os processos submetidos ao julgamento do rito sumário sem decisão liminar de hoje serão as modulações de amanhã?	178
5 CONCLUSÃO.....	181
REFERÊNCIAS	195

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é o documento no qual – por excelência – situam-se os direitos fundamentais, ainda que se reconheçam direitos e garantias que não estejam expressos no texto constitucional (o que, aliás, é previsto na própria Constituição). Tendo em vista a importância da Constituição Federal, é igualmente importante a existência de técnicas que se destinem a resguardar esse texto normativo.

Por isso, o controle de constitucionalidade se mostra imprescindível. Ele é a ferramenta de verificação de compatibilidade de determinado ato normativo com a respectiva Constituição que visa a resguardar. A Constituição deixa de ser obrigatória no sentido técnico se lhe faltar a possibilidade de serem anulados os atos com ela incompatíveis.

Se – por um lado – o controle difuso de constitucionalidade tem como importante episódio fundamental o caso *Marbury v. Madison*, julgado no início do século XIX, por outro lado, o controle concentrado de constitucionalidade, da forma como hoje se conhece, foi arquitetado por Hans Kelsen, já no século XX. O afã do austríaco era conter atos oriundos do Poder Legislativo que contrariassem a Carta Constitucional, quando, na verdade, o legislador deveria a ela se submeter.

Para tanto – e não obstante haver técnicas de controle de constitucionalidade, no Brasil e no mundo, na esfera de atuação de outros dos Poderes constituídos – o Poder Judiciário vem guardando papel primaz no exercício do controle, de modo que – para que seja garantida a Constituição – um ato submetido a controle do Tribunal Constitucional deve ser por ele anulado.

A referida atribuição dada às Cortes Judiciais não há de ser vista como uma invasão de esfera de um poder estatal por outro. Antes disso, seria uma afirmação da divisão dos poderes.

Assim, o controle de constitucionalidade, particularmente o concentrado – no qual um determinado órgão jurisdicional arregimenta a atribuição para a correspondente atuação – carrega um papel de protagonismo ao Supremo Tribunal Federal. Dizer que uma lei, ou outro ato normativo correlato, sucumbe frente à Constituição, expurgando-a (a lei) do

ordenamento ao lhe declarar a nulidade, é um forte – não obstante imprescindível – exercício de poder.

E, em se considerando que a declaração da nulidade de uma lei inconstitucional é um forte exercício de poder, o Supremo Tribunal Federal, ao fazê-lo, há de expor de maneira satisfatória as fundamentações que sustentam o afastamento do ato normativo do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade.

Em sendo majoritariamente reconhecido que a lei inconstitucional é lei nula, afirma-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade tem natureza declaratória, dado que reconhece um vício preexistente, inquinando um ato inconstitucional desde seu surgimento, de modo a não se produzirem efeitos a partir do ato afastado, apesar de não haver regra que preveja expressamente a retroatividade de inconstitucionalidade declarada.

O artigo 27 da Lei nº 9.868/1999¹ preconiza, em nível legislativo, a possibilidade de modulação das ações ali regradas, de modo que o Supremo Tribunal Federal, pela qualificada maioria de dois terços de seus membros, fixe o marco a partir do qual fluirão os efeitos da decisão que avalia a compatibilidade de ato impugnado em face da Constituição Federal. É de se notar que a técnica de modulação de efeitos também tem lugar na arguição por descumprimento de preceito fundamental, uma vez que o artigo 11 da Lei nº 9.882/1999 também a prevê.

Há doutrina a afirmar que o Supremo Tribunal Federal faz uma ponderação entre o texto normativo cuja nulidade foi declarada e a Constituição Federal que protege efeitos da Lei nulificada. Afirmação semelhante também se vê no (relativamente recente) julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258, no qual não se acolheu a inconstitucionalidade do acima citado artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.

¹ O dispositivo estabelece que: “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.”

Se a declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal é um forte exercício de poder, como afirmado acima, seja talvez a demonstração de um poder mais robusto ainda a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Enquanto aquela diz *o que* é constitucional; esta diz *quando* (fator tempo) é constitucional, afastando – em determinado caso sob juízo – a normal circunstância de que a inconstitucionalidade declarada irradia efeitos retroativos. Em suma, isso não é pouco poder.

Tomando o ensejo do que acima se veiculou, cabem os seguintes questionamentos: (1) qual o fundamento de legitimidade para o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade? Nesse ponto, impõem-se, como questões correlatas: (1.1) se eventual possibilidade de o Supremo modular os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade deflui da previsão estatuída no artigo 27, da Lei 9.868/1999; bem como (1.2) quais pontos ensejam a demora para se proferir um julgado de declaração de inconstitucionalidade (e não a demora judicial como um todo), uma vez que isso pode ensejar a necessidade de modulação. A outra questão a ser levada a efeito é (2) analisar qualitativamente as fundamentações utilizadas pela mencionada Corte Constitucional para sustentar a modulação.

Há de ser brevemente explicado o ponto 1.2, no parágrafo acima, no qual se menciona questão atinente à demora para se proferir um julgado definitivo nas ações diretas de inconstitucionalidade. Ocorre que, no capítulo 4 deste trabalho, será sustentado o entendimento de que é possível que haja algo ao alcance do Supremo Tribunal Federal – do ponto de vista de técnica processual – para minorar a necessidade de modulação de efeitos em suas declarações de inconstitucionalidade oriundas das ações submetidas ao julgamento sumário, previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999².

Ora, se o controle de constitucionalidade levado a efeito por um Tribunal Supremo tem vantagens em se comparando com o que se realiza em instituições meramente políticas

² Eis o texto do citado dispositivo legal: “Art. 12. *Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.*”

(conforme dito no item 1.5.1, abaixo); e se esse modal de controle de constitucionalidade é uma manifestação tão forte de poder (conforme acima mencionado), é imprescindível que as fundamentações das decisões judiciais que veiculam a modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade sejam bem talhadas, uma vez que elas excetuem aquilo que se daria normalmente, que é a retroatividade daquelas declarações.

Para tanto, devem ser vistas as fundamentações exaradas nas decisões que modulam os efeitos das declarações de inconstitucionalidade a fim de verificar se os percursos feitos pelo Supremo Tribunal Federal são adequados. Nesse ponto, faz-se necessária a adoção de um parâmetro delineador da noção de adequação a ser empregada na avaliação dos julgados pesquisados, a partir das notas que o caso em análise dá.

Para cumprir tal mister, adotar-se-á, na conformidade do ponto de vista contemporâneo de um Direito menos aferrado à face positivista da ciência moderna, a avaliação que emerge a partir do problema, no fio de uma estrutura tópica, conforme elaborado por Theodor Viehweg. Busca-se uma estrutura que concebe o Direito como objeto a ser tomado a partir da situação com a qual o operador se confronta e não como algo estabelecido de antemão.

A estrutura tópica, portanto, apresenta-se, em Viehweg, como uma técnica do pensamento que está direcionada para o problema. Assim, é o problema que será o guia da solução a ser talhada na conformidade com o que se apresenta em determinado caso. Por meio da tópica, abre-se a possibilidade de alcance de soluções que tomam aspectos além dos normativos para a indagação do que é justo aqui e agora:

O argumento de Viehweg pode ser resumidamente compreendido do seguinte modo: problema é toda questão que permite mais de uma resposta e que nos aparece como algo que precisa não só ser levado a sério como decidido, ou seja, sobre o qual se exige de nós uma imposição, para que algo se coloque em um sistema, mesmo que disso não tenhamos consciência, e a partir do qual se pode construir uma resposta (Roesler, 2009, p. 40).

Theodor Viehweg almeja superar o modelo moderno de ciência, que tem como característica a dedução de uma verdade a partir da outra. O citado autor leva em conta questões práticas, buscando a construção do Direito a partir do problema que se apresenta, a partir da aporia fundamental do direito, buscando *o que é justo aqui e agora*.

Far-se-á uma articulação entre a tópica de Viehweg e a retórica de Aristóteles para se construir um diapasão sobre a adequabilidade das fundamentações expendidas pelo Supremo Tribunal Federal nos julgados pesquisados. Cumpre frisar que Aristóteles teceu teorias sobre a retórica, sistematizando-a. A retórica, para ele, não teria função apenas de atingir a persuasão, mas de discernir seus meios em cada caso (Aristóteles, 2011, pp. 43-44).

Os caminhos que o conhecimento trilha para se chegar a uma ou outra afirmação não podem ser deixados para segundo plano. Daí o motivo pelo qual a retórica é útil, segundo o estagirita, pois ajuda a perscrutar a higidez da construção dos argumentos. Aqui se chama atenção para o fato de que a fundamentação é inerente ao problema levado à análise, não pode ser dele dissociada, o que referenda a articulação entre Viehweg e Aristóteles.

Interessa, para os fins aqui buscados (a adequação da fundamentação das decisões judiciais), a consideração da dimensão do logos aristotélico, pois tal dimensão considera que se obtém a persuasão por meio do próprio discurso proferido, quando se demonstra a verdade, em função da argumentação expendida em determinado caso.

Portanto, convém advertir que o fato de a retórica não perseguir a ontológica verdade do objeto não significa que ela autorize a construção de uma realidade subjetiva, razão pela qual já se afirmou que a retórica não justifica uma arbitrariedade da linguagem, conforme se verá no item 2.7.

Tendo em vista que a retórica fornece material para perquirir se o caminho de um discurso está bem trilhado, também se utilizará dela neste trabalho como marco, com os olhos voltados ao problema sob análise.

Voltando à já mencionada importância da flexibilização da nulidade da declaração de inconstitucionalidade como instituto operador de efeitos retroativos, é de se destacar o que já foi afirmado no Supremo Tribunal Federal:

Bem se sabe que o art. 27 da Lei 9.868 inovou significativamente no que concerne aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, afastando-se de um modelo rígido e absoluto do princípio da nulidade da lei inconstitucional; inovação ao

meu ver imprescindível para que esta Corte possa cumprir, efetivamente, sua missão de guardar a Constituição.³

É importante ressaltar, no entanto, que o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 não é visto com bons olhos por todos os operadores do Direito. Foi possível constatar, quando do levantamento relatado no terceiro capítulo, que o então Ministro Marco Aurélio Melo sempre votava contra a aplicação do citado dispositivo.⁴ Ademais, cabe registrar que, na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258, questionou-se o artigo 27, além dos artigos 11 e 21 da aludida Lei. Tal ação foi recentemente julgada, quando dos dias finais de escrita desta tese.

Como se vê, o tema da modulação dos efeitos tinha ressalvas por parte de integrantes da Corte Suprema.

Em assim sendo, é percuciente estudar a (in)constitucionalidade dos dispositivos legais que permitem a modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, bem como – eventualmente – averiguar as modulações que o Supremo fez mesmo sem ser em sede de controle concentrado.

Contudo, uma questão merece ser trabalhada: caso fosse declarado inconstitucional o dispositivo legal que possibilita a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, será que nunca poderia haver uma modulação de efeitos? E se houver casos nos quais estejam, de alguma maneira, envolvidos, ou de alguma maneira

³ Trecho do voto do relator da ação direta de inconstitucionalidade 3.601, em sede de embargos de declaração.

⁴ Resume bem o posicionamento do Ministro este trecho do voto que ele proferiu: “*Observem que a vigência prolongada dos dispositivos impugnados não conduz à convalidação, já que o vício de inconstitucionalidade é suficientemente grave para que sobre ele não recaia decadência. Igual sorte não deve ter o pedido de modulação dos efeitos temporais da decisão proferida por este Tribunal. Faz-se necessário resistir sempre à modulação do pronunciamento do Supremo quando assentado o conflito de certa lei com o texto constitucional. Toda norma editada à margem da Carta da República é írrita e, portanto, não tem como mitigar a eficácia da Constituição Federal. Além desse aspecto, há outro: o viés estimulante. A partir do momento em que o Supremo não declara – como deve, sob a minha óptica, fazê-lo – inconstitucional uma lei desde o nascedouro, estimula as casas legislativas do Brasil a editarem leis à margem da Carta Federal, para que, com a passagem do tempo, existam as “situações constituídas” – e não são devidamente constituídas – que, posteriormente, venham a ser endossadas, muito embora no campo indireto, presente a modulação.*” (ADI 3848, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05-03-2015 PUBLIC 06-03-2015.)

sejam gerados direitos constitucionalmente albergados, não poderia haver a modulação de efeitos? Nessa hipótese, não haveria a modulação de efeitos por conta de uma previsão legal, mas para que não se conspurquem outros direitos consagrados constitucionalmente.

Neste traço, faz-se o encadeamento da modulação como garantidora de direitos fundamentais que, porventura, possam ser atingidos pela retroação da nulidade que opera quando da declaração de inconstitucionalidade. Em casos nos quais direitos fundamentais possam ser conspurcados pelo efeito *ex tunc* da inconstitucionalidade, necessária seria a modulação de efeitos, justamente para garantir tais direitos.

Aqui se encontra o liame entre o trabalho ora apresentado e o campo de estudo do programa ao qual ele se apresenta. Interessa ao programa de Direitos e Garantias Fundamentais o estudo da modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade como algo a assegurar um ou mais direitos fundamentais que, porventura, possam ser atingidos pelo já dito efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade.

Para a confecção desta tese, o autor se valeu do levantamento realizado quando da escrita de sua dissertação de mestrado em declarações de inconstitucionalidade em sede de ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Incumbe advertir que o estudo dos julgados se deu apenas no âmbito de ações diretas porque a limitação ora indicada torna o estudo mais confiável, além do fato de ser mais factível o estudo com essa delimitação.

O objetivo inicial do levantamento acima indicado era perquirir as vezes e ocasiões nas quais o Supremo Tribunal Federal se valia da modulação de efeitos em decisões do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente tomando a segurança jurídica como motivação da modulação, para excetuar a regra da eficácia da decisão de inconstitucionalidade.

Para a confecção desta tese, fez-se uma atualização do levantamento acima referenciado, realizando-se uma nova verificação do conteúdo das decisões (verificação qualitativa). Os procedimentos de coleta desses dados serão explicados no item 3.1.

Também se ressalta que, não obstante o expediente da modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade ser técnica inicialmente proposta para utilização no

âmbito do controle concentrado, já houve casos nos quais o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos de decisões prolatadas em sede de controle difuso, homenageando a segurança jurídica.⁵

O dito acima demonstra a importância do mecanismo da modulação. A utilização pelo Supremo Tribunal Federal – em sede de controle difuso – de uma técnica talhada, em princípio, para ser utilizada no controle concentrado, está no bojo do que se chama de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, fenômeno que aproxima os dois modais de controle que o sistema misto brasileiro adota. Todavia, é mister reiterar que o objeto desta pesquisa se circunscreve ao campo do controle concentrado de constitucionalidade.

No primeiro capítulo, será visto que a modulação de uma declaração de inconstitucionalidade veicula uma questão delicada, porque ela acaba por fazer um hiato na vigência da Constituição, tendo em vista que a importância do controle de constitucionalidade está em seu papel funcional de assegurador da Constituição. Nesse aspecto, não deixa de ser uma ironia positivista o permissivo para a modulação estar numa lei; o que significa dizer que há possibilidade de se excetuar a Constituição com base numa lei, ato normativo que lhe é – obviamente – inferior.

É bem verdade que pode haver questionamentos sobre a possibilidade de a Constituição ser excepcionada por um ato que lhe seja inferior, afinal, a modulação de efeitos é prevista num dispositivo de Lei (ato inferior à Constituição⁶). Todavia, a situação da modulação de efeitos parece mais adequadamente situada se colocada dentro da seguinte coordenada: não seria possível a Constituição ser excetuada com base em seu próprio conteúdo, ou com base em direito nela previsto?

⁵ O caso emblemático foi uma ação civil pública por força da qual se diminuiu o número de vereadores de uma Câmara Municipal. O Ministério Público de São Paulo (autor da ação civil pública que chegou, via recurso, à análise do Supremo) pedia a devolução dos valores recebidos pelos vereadores. O relator do caso asseverou que poderia haver transtorno e questionamento aos atos praticados durante a legislatura. Assim, em atenção à segurança jurídica conferiram-se, excepcionalmente, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. (RE 197.917/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06/06/2002, Pleno; DJ 07/05/2004, p. 8.)

⁶ Diversamente do que ocorre com a Constituição de Portugal, que – conforme se verá no item 1.4.4 – tem previsão para a modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

Entende-se, aqui, que sim. Conforme será visto no item 1.5, entende-se que a modulação serve como garantia fundamental, pois ela deve se destinar a salvaguardar direito fundamental constitucionalmente situado, clamando pela aplicação do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal.

A essa altura afigura-se necessário se fazer uma ressalva. Os dispositivos legais que *permitem* a modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade não podem ser desprezados em sua totalidade. Sucede que neles há uma previsão que pode ser considerada hígida: o quórum qualificado.

A liturgia processual do quórum qualificado pode ser considerada em benefício do entendimento segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade de determinado ato normativo opera efeitos retroativos. (Razão pela qual o trabalho pretendido não vai advogar a simples postulação de inconstitucionalidade do dispositivo previsto no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 conforme se verá no item 1.4.3).

No segundo capítulo, será desenhado o referencial teórico, com base na formulação proposta por Theodor Viehweg. Deve-se verificar se há algum direito (fundamental?) envolvido em algum episódio sob análise do STF. Nesse aspecto, entrará em cena a necessidade de fundamentação das decisões que modulam efeitos de declarações de inconstitucionalidade. E é imprescindível asseverar: essa fundamentação está intrinsecamente ligada à questão analisada.

É oportuno lembrar que a modulação (e a correspondente fundamentação que a veicula) não pode ser dissociada da questão especificamente analisada; logo, não se pode afastar a possibilidade de haver outros direitos que podem dar ocasião à modulação.

Ainda no segundo capítulo haverá uma avaliação de um julgado oriundo de Tribunal de Justiça estadual no qual houve a modulação de efeitos. Tal avaliação será para se testar a hipótese ora ventilada, com a análise da fundamentação levada a efeito para modular a declaração de inconstitucionalidade ocorrida no aludido julgamento.

No terceiro capítulo, será relatado levantamento feito em relação aos julgados do Supremo Tribunal Federal que veiculam modulações de efeitos de declarações de inconstitucionalidade realizadas em sede de controle de constitucionalidade.

O objetivo desse empreendimento é verificar as fundamentações, como elas se debruçam sobre os casos concretos, e como o Tribunal mencionado atua na avaliação da ponderação a ser feita entre os direitos em jogo.

No quarto capítulo, tenta-se ver a ressalva de que a modulação serve para resolver um problema, que é a demora entre o início da vigência do ato impugnado por inconstitucionalidade e o seu efetivo afastamento.

Em verdade, não se perquirir os porquês desse problema pode fazer com que a modulação seja um apascentador cômodo (conquanto necessário) para o problema que ela resolve (ou busca resolver). Há de se lembrar que as ações que constituem o universo amostral da pesquisa feita (ações do controle concentrado de constitucionalidade) não são prescritíveis. Logo, não há impedimentos para que o judiciário seja instado a declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo décadas depois de seu advento no mundo jurídico. Essa característica das ações do controle concentrado de inconstitucionalidade – por óbvio – pode avultar a necessidade de se modularem os efeitos de determinadas declarações de inconstitucionalidade.

Em sendo assim, fez-se um levantamento para se avaliar o interregno decorrido entre o início da vigência do ato impugnado e a protocolização da ação na Corte Suprema. No quarto capítulo, também serão feitos apontamentos em relação à utilização do rito estatuído no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o julgamento sumário das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Depois, serão veiculadas as notas finais, com o encerramento da tese ora apresentada.

O trabalho aqui apresentado se justifica porque o Brasil adota a rigidez constitucional, o que faz com que o controle de constitucionalidade seja instrumento imprescindível para a preservação da Constituição. Assim, os estudos sobre controle de constitucionalidade são de extrema relevância porque o controle tem função de garantir a Constituição. O controle é, portanto, um dos instrumentos que garantem o constitucionalismo.

Logo, o estudo de um mecanismo – qual seja, o da modulação de efeitos – que excetua uma inconstitucionalidade também assume relevância, já que se trata, em última análise, de se possibilitar eventual hiato na vigência constitucional, pois, conforme já afirmado

acima, a modulação tem a ver com o Supremo Tribunal Federal dizer o fator tempo de determinada inconstitucionalidade, o que é uma grande parcela de poder a ser exercido por aquela Corte.

Em sendo assim, é mister realizar-se o estudo sobre decisões judiciais que, por meio da modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade, possibilitam o hiato acima referenciado.

E há ainda mais importância no estudo ora pretendido pelo fato de a modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade, no Brasil, ser prevista em texto positivo de Lei, e não na própria Constituição, como o fez a Constituição de Portugal, que tem dispositivo expresso com tal previsão.

A pesquisa será descritiva quanto aos fins. Será bibliográfica quanto aos meios. Ainda quanto aos meios, a pesquisa será documental, porquanto serão avaliados julgados do Supremo Tribunal Federal. Utilizar-se-á um levantamento jurisprudencial feito pelo autor desta tese, quando da confecção de sua dissertação de mestrado, ocasião na qual se fez um levantamento de julgados do Supremo Tribunal Federal em que houve modulação dos efeitos em ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Para a confecção desta tese, fez-se uma atualização do levantamento acima referenciado, realizando-se uma nova verificação do conteúdo das decisões (verificação qualitativa).

Tentar-se-á analisar as fundamentações, como elas se debruçam sobre os casos concretos, e como o Supremo Tribunal Federal atua nos julgamentos em que há modulação.

Para tanto, devem ser vistas as fundamentações exaradas nas decisões que modulam os efeitos das declarações de inconstitucionalidade para se verificar se os percursos feitos pelo Supremo Tribunal Federal são adequados. Neste ponto, faz-se necessária a adoção de um parâmetro que delineie a noção de adequação para esta ser empregada na avaliação dos julgados pesquisados a partir das notas que a questão analisada dá.

O método de abordagem é o indutivo, pois será feita a análise dos dados qualitativos (decisões do Supremo) para a construção de um quadro geral (a partir do parâmetro indicado no parágrafo anterior).

1 A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO ASSEGURADOR DA CONSTITUIÇÃO E OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

1.1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E ATUAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

A Constituição é documento de relevância inescapável. Sua ideia tem “*lugar de destaque no direito político dos Estados democráticos modernos*” (Goyarde-Fabre, 2003, p. 42). Ademais, a Constituição tem notada importância para os direitos e garantias fundamentais, seja por meio das expensas previsões que constam do texto constitucional, seja pela previsão de possibilidade de reconhecimento de outros não constantes das letras grafadas no Texto Maior.

Segundo Ferdinand Lassale, o documento constitucional é instaurado pelos fatos que lhe ensinam e a Constituição é a lei fundamental de uma nação (Lassale, 1985, p. 10). Konrad Hesse, por sua vez, sustenta que a Constituição atribui direitos, freia poderes e imprime uma atuação ao Estado e à sociedade (Hesse, 1991, p. 15). Para Carl Schmitt, a Constituição seria a representação das escolhas políticas do titular do poder. E Hans Kelsen exerce forte influência sobre o estudo constitucional com a ideia de hierarquia da Constituição (Kelsen, 2013, pp. 130-131).

De modo geral, afirma-se que o advento do constitucionalismo coincide com as revoluções liberais burguesas situadas entre os séculos XVII e XVIII⁷, que demandaram a submissão do Estado a uma normatização positivada, de modo a proteger as liberdades individuais (Binenbeojm, 2014, pp. 15-16), razão pela qual Paulo Bonavides anuncia que “*o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa*” (Bonavides, 2004, p. 42).

⁷ No entanto, a ideia de Constituição já havia antes mesmo dos pensadores do século XVIII, conforme GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 102-106.

Paulo Bonavides também vai afirmar que esse Estado jurídico *puro* se evidenciou inócuo ante a realidade social, de modo que a democracia política somente seria alcançada com o constitucionalismo do século XIX (Bonavides, 2004, p. 42)⁸.

Depois de afirmar que a lei não necessariamente veicula a vontade geral, mas a vontade do legislador, que pode estar submisso a interesses momentâneos e particulares, Renato Stanzola Vieira vai identificar o advento do constitucionalismo, dentro do seguinte diapasão:

Frisando bem, a Constituição, desde então, tornou-se a primeira fonte de defesa e garantia dos direitos fundamentais, na medida em que passou a ser dela – e não das leis – que nasciam as competências e regras de conduta ao legislador, ao gestor da *res publica*, aos julgadores e, por fim, à medida da liberdade e do exercício dos direitos dos cidadãos. (Vieira, 2008, pp. 49-50)

Em suma, a visão de Estado atual clama pelo reconhecimento da força normativa da Constituição e a respectiva consagração dos direitos fundamentais. Dentro desse espectro, Canotilho sustenta que, independentemente do conceito e da justificação que se possa prestar ao Estado, este “*só se concebe hoje como Estado constitucional* (Canotilho, 2003, pp. 92-93). A esse propósito, vem a calhar o seguinte excerto:

A Constituição é a lei suprema para o constitucionalismo. A partir dessa visão, a supremacia constitucional é uma técnica jurídico-político utilizada para assegurar que as autoridades estatais respeitem os limites prefixados e uma Lei Fundamental. Consequência e expressão do ato fundacional da sociedade política global, a Constituição é parte integrante do direito interno, e também condiciona a validade jurídica e a criação de todas as normas que formam parte desse direito interno e sua adequação aos preceitos constitucionais. (Laplacette, 2016, p. 15)⁹

⁸ Todavia, é interessante notar que há noções de constitucionalismo mesmo antes do século XIX. Nesse sentido: “*Il convient de noter que les idées sur le constitutionnalisme sont apparues avant même les constitutions écrites. L’expression constitutionnalisme est apparue pour la première fois dans la pensée juridique et politique américaine à la fin du XVIIIe siècle, pour designer la prépondérance de la constitution écrite sur les lois. Cette conception était liée à l’adoption pratique de constitutions dans plusieurs États du monde occidental, comme les États-Unis et la France.*” In: BRAGA, Fernanda Figueira Tonetto; GUERRA, Sidney. LA PROTECTION DE LA DIGNITÉ HUMAINE COMME POINT DE CONVERGENCE ENTRE LA CONSTITUTIONNALISATION ET L’INTERNATIONALISATION DU DROIT. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 21, n. 3, p. 119-140. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2020, p. 129.

⁹ LAPLACETTE, Carlos José. **Teoría e práctica del control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2016, p. 15. O trecho é tradução livre de: “*La Constitución es, para el constitucionalismo, la ley suprema. Desde esta óptica, la supremacía constitucional no es sino una técnica jurídico-política utilizada para asegurar que las autoridades estatales respeten los límites prefijados e una Ley Fundamental. Consecuencia y expresión del acto fundacional de la sociedad política global, la Constitución es parte integrante del derecho interno, pero simultáneamente condiciona la validez jurídica*

Considerando-se os efeitos que a Constituição há de irradiar, necessária se faz sua proteção. Para o cumprimento desse mister, entra em cena a jurisdição constitucional, sendo o controle de constitucionalidade um dos instrumentos que garantem o constitucionalismo (Barroso, 2016, p. 21).

Por isso, o controle de constitucionalidade é tão importante, de modo a se “*verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais*” (Moraes, 2007, p. 676). Não por acaso, Kelsen escreveu que “[u]ma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória no sentido técnico” (Kelsen, 2013, p. 179).

A propósito, o controle concentrado de constitucionalidade, na forma como hoje se conhece, foi arquitetado por Hans Kelsen, já no século XX. O afã do austríaco era conter atos oriundos do Poder Legislativo que contrariassem a Carta Constitucional, quando, na verdade, o legislador deveria a ela se submeter. De acordo com Kelsen,

o legislador somente está subordinado à Constituição, e se submete a limitações relativamente fracas, de modo que seu poder de criação é relativamente grande. A liberdade de criação do direito diminui a cada grau que se desce na criação do direito (a realização do direito se dá com a Constituição, leis e decretos, que são normas jurídicas gerais; e com os atos administrativos e sentenças, normas jurídicas individuais) (Kelsen, 2013, p. 126).

Voltando ao século XVIII, Montesquieu formulou sua famosa lição segundo a qual o Estado deveria ser delineado conforme os parâmetros da separação dos Poderes, de modo que o Poder que criasse a lei não deveria aplicá-la. Se assim não fosse, haveria tirania, pois “[q]uando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo está junto do poder executivo, não há liberdade; porque pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.” (Montesquieu, 1949, p. 164)¹⁰ Lançando a base de sua teoria sobre a separação dos poderes, Montesquieu afirmou a necessidade de que o poder parasse o poder.

y la creación de todas las normas que forman parte de ese derecho interno a su adecuación a los preceptos constitucionales.”

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **De l'esprit des lois**, Paris, FR: Garnier-Frères, 1949, (vol. II), p. 164. O trecho citado é tradução livre de “*Lorsque dans la même personne ou dans le même*

Tomando as lições tão conhecidas de Montesquieu, percebe-se que o Poder Judiciário há de conter o poder. Aproximando tais lições do enredo desta tese, emerge o papel da jurisdição constitucional na realização da proteção aos direitos fundamentais.¹¹

O Poder Judiciário seria o mais indicado ao exercício do controle, de modo que, para que seja garantida a Constituição, um ato submetido a controle do Tribunal Constitucional deve ser por ele anulado (Kelsen, 2013, p. 237). A referida atribuição não se daria como uma invasão de esfera de um poder estatal por outro. Antes disso, seria uma afirmação da divisão dos poderes (Vieira, 2008, p. 79). Ademais, o principal mecanismo de proteção da Constituição é o controle de constitucionalidade dos atos normativos que lhe são inferiores (Magalhães, 2011, p. 2).

Dessa forma, “*Hans Kelsen sistematiza o controle abstrato de constitucionalidade, no qual o Tribunal Constitucional é o protagonista*”. Eis o marco da concepção do controle concentrado de constitucionalidade.

A propósito, a força normativa da Constituição é inerente à existência de órgão(s) com competência para a defesa do texto constitucional (Pedra, 2012, p. 229) A respeito do papel do Poder Judiciário brasileiro na atividade ora citada, temos:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem, em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário – verificou-se no Brasil

corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.”

¹¹ Vem a calhar aqui a posição de Louis Fisher, para quem a *judicial review* permanece incólume pois as pessoas se sentem mais seguras quando membros de um Poder – ainda que não eleitos – podem afirmar que membros de outro Poder – ainda que eleitos – passaram dos limites. In: FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: interpretation as a political process**. New Jersey: Princeton University Press, 1988, p. 279. É o que se vê no seguinte trecho: “*Judicial review fits our constitutional system because we like to fragment power. We feel safer with checks and balances, even when an unelected Court tells an elected legislature or elected President that they have overstepped.*”

uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final. (Barroso, 2005, p. 36)

A dita “*modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais*” pode ter trazido uma visão da sociedade brasileira em relação à atuação do Poder Judiciário que levou esse Poder a desempenhar maior responsabilidade na guarda dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, não é demais ressaltar a conhecida redação do artigo 102 da Constituição Federal, segundo o qual compete à Suprema Corte, “*precipualemente, a guarda da Constituição*”.

O mencionado dispositivo constitucional – por óbvio – não pode ser letra morta, de modo que a atuação do Supremo deve se dar para preencher de conteúdo a aludida previsão normativa.¹² E isso implica o exercício da jurisdição que contenha abusos de poder e preservação dos direitos e garantias. Nesse aspecto, evoca-se a lição de Georges Abboud, segundo a qual:

Em síntese, pode-se afirmar que a função da jurisdição constitucional consiste em um primeiro momento na limitação do Poder Público, sendo a última sede em que ocorre o controle do Poder Executivo. Ocorre que, em razão do controle de constitucionalidade, e principalmente em virtude das decisões manipulativas, a jurisdição constitucional também possui como característica controlar os erros provenientes do Poder Legislativo. Juntamente com essa função de controle, essa atividade jurisdicional tem por escopo garantir a preservação das minorias e assegurar a concretização e o respeito ao catálogo de direitos previstos no texto constitucional. Em termos dogmáticos, pode-se afirmar que a jurisprudência oriunda da jurisdição constitucional, desde que consistentemente fundamentada, confere coerência e garante a preservação do próprio direito, mais precisamente da própria Constituição Federal. (Abboud, 2011, p. 102)

Luís Roberto Barroso afirma que o constitucionalismo chegou vitorioso ao início do milênio porque conseguiu incluir no imaginário das pessoas a legitimidade (soberania popular na formação da vontade nacional); os valores (incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade); e a limitação do poder (por exemplo, com processos adequados de tomadas de decisões assim como respeito aos direitos das minorias) (Barroso, 2008, p. 10).

¹² Há, no entanto, formulações que indicam que não deve ser do Poder Judiciário a última palavra no processo de revelação da dicção constitucional. A esse respeito, vide: ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: judicial activism or democratic dialogue**. Toronto: Irwin Law Inc, 2016, pp. 270-283.

A importância da Constituição é diretamente proporcional à importância do controle de constitucionalidade, pois é este que assegura a higidez do documento constitucional frente a eventuais máculas que podem ser provocadas por maiorias, no parlamento, em detrimento de direitos contramajoritários, de modo que “*o controle de constitucionalidade implica que uma maioria circunstancial não pode infringir os direitos da minoria nem os princípios fundamentais aos quais o corpo social aderiu*”. (Chantebout, 2002, p. 53)¹³ Outrossim, também é percuciente ressaltar que o instituto do controle de constitucionalidade somente faz sentido nos espaços democráticos, pois é aí o ambiente no qual há condições mais adequadas para a consolidação dos direitos fundamentais, “*justamente os direitos que a técnica do controle de constitucionalidade das leis procura resguardar*.” (Ramos, 1999, p. 315)

Doutrinadores como José Afonso da Silva afirmam que o fato de a Constituição Federal brasileira ser rígida faz com que todas as normatizações inferiores tenham que se adequar a ela (Silva, 2018, pp. 47-48). Da rigidez constitucional deflui a necessidade de controle de constitucionalidade (Gretter, 2011, p. 264).¹⁴

A breve suma do que se está a sustentar aqui é esta: o controle de constitucionalidade, como mecanismo de preservação da Constituição que é, tem a imprescindível missão de garantir os direitos e garantias fundamentais de uma ordem constitucional. E o Poder Judiciário – ainda que não seja o único braço estatal com responsabilidade da guarda da Constituição – tem uma incumbência particularmente importante, principalmente na defesa contramajoritária dos direitos e garantias fundamentais.

¹³ O trecho é tradução livre de “*ce qu’implique seulement le contrôle de constitutionnalité, c’est qu’une majorité circonstancielle de peu d’ampleur et de faible cohésion ne saurait porter atteinte aux droits de la minorité ni aux principes fondamentaux auxquels le corps social s’est jusqu’à présent attaché*.” In: CHANTEBOUT, Bernard. **Droit constitutionnel**. 19ª ed. Paris: Armand Colin, 2002, p. 53.

¹⁴ Adverte-se, contudo, o entendimento contrário expendido por Jorge Miranda no sentido de que também existe inconstitucionalidade relativamente a constituições flexíveis, assim como em relação às rígidas. In: MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Ed., 1996, pp. 37-41.

1.2 SOBRE OS EFEITOS (RETROATIVOS) DAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO

1.2.1 A nulidade da lei inconstitucional como tradição no controle de constitucionalidade brasileiro

O dogma da nulidade da lei inconstitucional é da tradição do Direito brasileiro (Sarmiento, 2002, p. 101)¹⁵. Essa concepção é o timbre da influência do modelo norte-americano, inspiração inicial – conforme visto no item 1.3 – do controle de constitucionalidade brasileiro. Essa mencionada inspiração se manteve com a introdução do controle via abstrata no Brasil (Talamini, 2014, pp. 671-672), de modo que, até hoje, via de regra, a declaração de inconstitucionalidade opera feitos retroativos¹⁶, mesmo nas decisões do controle difuso de constitucionalidade (Talamini, 2011, p. 148).

A Constituição Federal não tem dispositivo que indica diretamente o efeito retroativo da decisão judicial de inconstitucionalidade, o que “*decorre da sistemática própria do nosso complexo sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, a partir da necessária obediência ao princípio da supremacia da Constituição*” (Andrade, 2016, p. 19).

A nulidade se dá porque, de acordo com os ensinamentos lançados por Teori Albino Zavascki, “*é declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade*” (Zavascki, 2014, p. 48). Com isso, o referido autor preconiza que a inconstitucionalidade de um ato normativo acarreta sua nulidade, sendo retroativos os efeitos de tal declaração. Em declarada judicialmente a inconstitucionalidade de um ato normativo, a execução deste

¹⁵ No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p. 1454: “*O dogma da nulidade inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas.*” Ainda: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 161.

¹⁶ A respeito dos efeitos das decisões de declarações de inconstitucionalidade no direito comparado, recomenda-se: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 494-524.

“fica neutralizada pela própria eficácia intrínseca do julgamento” (Carreira Alvim, 2002, p. 194).

1.2.2 A respeito da diferença entre os sistemas americano e austríaco em relação à retroação – ou não – dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade

Podem-se tomar, como matrizes dos modelos de controle de constitucionalidade que o Brasil adotou (em relação à possibilidade de realização apenas dentro de um caso concreto ou não), os modelos norte-americano e austríaco. O modelo norte-americano se faz via incidental, com a decisão a ser proferida dentro de um caso concreto levado à apreciação judicial, ao passo que o modelo austríaco analisa a inconstitucionalidade de um ato normativo pela via principal (Cappelletti, 1978, pp. 89-90).

Quanto aos efeitos das decisões que indicam a inconstitucionalidade de um ato normativo, há uma diferença interessante entre as matrizes acima mencionadas. No modelo austríaco, o órgão incumbido do controle de constitucionalidade não *declara*, mas *anula* um ato normativo incompatível com a Constituição; ao passo que, no primeiro modelo, “o órgão judicial que exerce o poder de controle, não anula, mas meramente declara uma nulidade preexistente da lei inconstitucional.” (Cappelletti, 1978, pp. 10-5-106)

O modelo austríaco afina-se com o entendimento proferido por Kelsen, para quem não é correto afirmar-se que a decisão a qual afasta uma norma constitucional do ordenamento seja uma *declaração de nulidade*. Para Kelsen, um órgão estatal que expugna uma norma contrária à Constituição não o faz por meio de ato *declaratório*, mas sim *constitutivo*, uma vez que o “sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma.” (Kelsen, 1998, 307)

A tradição brasileira, no entanto, aproxima-se dos moldes norte-americanos (no que tange aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade).¹⁷ Em declarada a

¹⁷ Como, aliás, Ruy Barbosa já escrevera há muito tempo. BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Arquivo acessado pelo endereço eletrônico <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224197>. Capital Federal [Rio de Janeiro]: Companhia Impressora, 1893, p. 64.

inconstitucionalidade de determinado ato normativo, os efeitos dessa declaração irradiam-se *ex tunc*.

Todavia, a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não resolve, por si só, todos os problemas que podem surgir em função da dita declaração de inconstitucionalidade.¹⁸ A importância de se flexibilizar a nulidade da declaração de inconstitucionalidade como instituto operador de efeitos retroativos já se podia ver em Kelsen quando, avaliando o resultado do controle de constitucionalidade, já estabelecia formulações no sentido de que:

c) Seria necessário examinar também se não seria bom, no interesse da segurança jurídica, encerrar a anulação, em particular das normas gerais e principalmente das leis e dos tratados internacionais, num prazo fixado pela Constituição, por exemplo, três a cinco anos a partir da entrada em vigor da norma a anular. Porque é extremamente lamentável ter de anular por inconstitucionalidade uma lei, e ainda mais um tratado, depois de terem vigorado por longos anos (Kelsen, 2013, p. 170).

No mesmo passo, Renata Coelho Padilha Gera afirma que a aplicação irrestrita da teoria da nulidade pode trazer grandes prejuízos à segurança jurídica (Gera, 2007, p. 148) e Georges Abboud sustenta que os efeitos retroativos de determinada declaração de inconstitucionalidade podem gerar problemas mais graves do que a própria inconstitucionalidade, sendo necessária a modulação. (Abboud, 2011, p. 265)¹⁹

¹⁸ A esse respeito: “*Há uma tensão própria na ordem jurídica entre os valores da segurança jurídica, que se desdobra na irretroatividade dos atos estatais, e o valor da própria preservação da eficácia das normas cogentes, sobretudo as normas constitucionais. A retroação de uma norma ou de uma decisão judicial viola a justa expectativa dos usuários da ordem jurídica que acreditaram na sua integridade; ao mesmo tempo, como se verificou no debate sobre a modulação de efeitos no processo constitucional, a supremacia da Constituição impõe à jurisdição constitucional o dever de condenar os atos praticados em desconformidade com a ordem jurídica.*” MICHEL, Voltaire de Freitas; e DEITOS, Marc Antoni. Perspectivas para a modulação de efeitos da decisão nos recursos especiais. **Revista de Processo**. Vol. 306/2020, p. 327-343, RT, São Paulo, Ago/2020, p. 2.

¹⁹ Apesar de não ser objeto de estudo do presente trabalho, também é interessante notar que seria possível a necessidade de modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade em caso de alteração de significado de determinada proposição normativa, uma vez que a “*constituição utiliza conceitos e refere-se a valores aos quais não podem ser atribuídos significados acabados, mas estes devem atualizar-se a cada momento de acordo com a evolução da sociedade*”. Conforme ensinamento de Adriano Pedra in PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 130.

1.2.3 O controle de constitucionalidade no Brasil mescla tradições das fontes do controle difuso e concentrado

É interessante notar que o Brasil adota modelos de controle de constitucionalidade de diferentes arquiteturas (americana e austríaca). Nesse sentido, o autor desta tese, já escrevera, em outro trabalho, que

as formas difusa e concentrada de constitucionalidade conviveram, no sistema brasileiro, de maneira estanque, como retas paralelas. Atualmente, há pontos de encontro entre esses dois modos de controle, um dos quais é a possibilidade de modulação de efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade no palco do controle difuso, o que inicialmente não se dava. (Bezerra, 2020, p. 112)

A bem da verdade, o Brasil adota ingredientes de duas matrizes diferentes de controle de constitucionalidade. Mesmo antes do fenômeno que se chama de abstrativização do controle concreto (visto, em termos históricos, mais recentemente), a mescla de dois modelos diferentes é vista quando se toma, do modelo austríaco, a possibilidade de um determinado órgão realizar o controle (por isso, concentrado); e, do modelo americano, a operação retroativa dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade. Colhendo-se diferentes elementos de diferentes modelos (e diferentes tradições), fez-se um quadro de controle de constitucionalidade – em âmbito brasileiro – com suas particularidades. Elas não podem ser ignoradas.

O tópico seguinte traz um breve apanhado, para que se tenha um mínimo de entendimento a respeito da construção do atual quadro em que aporta o controle de constitucionalidade brasileiro.

1.3 UM ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A MODULAÇÃO DE EFEITOS NAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Doravante, ver-se-á um breve delineamento histórico do que culminou na atual arquitetura do controle de constitucionalidade no Brasil.²⁰

A Constituição de 1824 concentrava, de forma severa, poderes nas mãos do Imperador (Poder Executivo), haja vista a previsão do *Poder Moderador* naquela Carta Constitucional (Scalabrín; Santanna, 2018, p. 31). Por essa razão, se afirma que “*logo na aurora de nossa história constitucional, preferiu-se deixar de lado a clássica doutrina da ‘Tripartição dos Poderes’ emanada da pena de Montesquieu*” (Palma, 2018, p. 399).

Aliás, a inserção do Poder Moderador se deu por influência pessoal do próprio imperador, pois “*tanto interessava ao seu apetite de mando, no texto da Constituição de 1824*” (Franco, 1960, p. 91). Nesse cenário, o Poder Judiciário não tinha espaço para exercer atuação de controle dos atos dos outros Poderes instituídos.

Anota-se que o controle de constitucionalidade, na história brasileira, veio com a República²¹, porque foi com a Constituição Republicana de 1891 que se conferiu ao Poder Judiciário a última palavra na avaliação da constitucionalidade dos atos de outros Poderes (Maximiliano, 2005, p. 117). Inaugurava-se, no Brasil, o controle de constitucionalidade, pela via difusa. Nesse sentido, o Judiciário “*passou de poder subalterno a exercer a*

²⁰ Para as referências históricas sobre o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, vide JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito constitucional: teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 128-131 e BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 192-197.

²¹ Nesse sentido: “*Como se sabe, o modelo brasileiro surge, com a Proclamação da República, inspirado claramente no modelo norte-americano. Ainda antes da promulgação da Constituição de 1891, o Decreto no 848/1890 já previu a competência dos juízes para não aplicar a lei entendida como inconstitucional.*” In: DA SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**, volume 250, pp. 197-227, 2009, p. 214.

função principal de mediador entre os poderes, por meio da judicial review” (Zaneti Júnior, 2016, p. 336).

A Constituição de 1934 apresentou inovações em relação ao controle de constitucionalidade. Dentre elas, o principal marco para o controle concentrado, qual seja, a previsão de que a intervenção na União somente se daria após a Suprema Corte declarar a constitucionalidade do ato decretador da intervenção (Bonavides, 2016, p. 336).

Poucos anos depois do documento constitucional acima indicado, adveio a outorgada Constituição de 1937, inauguradora do *Estado Novo*, centralizadora do poder nas mãos do Executivo. O referenciado texto constitucional brasileiro “*não somente consignava a supremacia do Executivo diante dos demais poderes, mas também favorecia, ainda que indiretamente, o culto à personalidade tão em voga naqueles dias*” (Palma, 2018, p. 450). Havia, na então Constituição, previsão de que o Presidente da República poderia enviar ao Poder Legislativo determinado ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário para que o parlamento superasse a respectiva decisão de inconstitucionalidade.²²⁻²³

A Constituição posterior, qual seja, a de 1946, trouxe uma novidade, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ao conferir ao Procurador-Geral da República a titularidade do exercício da representação de inconstitucionalidade. Em 1965 – ainda sob a égide do documento constitucional de 1946 – a Emenda Constitucional nº 16/1965 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar representação de inconstitucionalidade em face de atos normativos federais ou estaduais. Tal representação

²² O que foi criticado por Celso Ribeiro Bastos, que escreveu que a “*Constituição de 1937 trouxe grande retrocesso na matéria. Possibilitou ao Presidente da República apresentar novamente ao Parlamento uma lei declarada inconstitucional*”. In: BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 63.

²³ Também no sentido de crítica ao mecanismo em questão: “*Contudo, as circunstâncias nas quais a Constituição foi outorgada demonstravam que era somente mais um dispositivo posto à serviço da hegemonia do Executivo. Com efeito, longe de estabelecer uma participação do Legislativo no controle jurisdicional de constitucionalidade, nada mais era que submeter o controle ao presidente da República: afinal, lembra Afonso Arinos, “nas ditaduras, a Constituição se anula ante o Ditador, fonte de toda lei.”* In: SILVA, Lucas Régis Lancaster Merino. **O desenvolvimento da jurisdição constitucional brasileira: um estudo da evolução histórica, doutrinária e normativa da Jurisdição Constitucional entre a Proclamação da República e a Constituição de 1988**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, p. 271.

“*tratava-se de fiscalização abstrata de constitucionalidade*” (Ferreira, 2016, p. 37) e foi um marco que deu ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade plenitude total (Palu, 2001, p. 132)²⁴

Depois do golpe militar de 31 de março de 1964, veio a Constituição de 1967 e veio a Emenda nº 01/1969, para referendar a ditadura que se instalara no país (Bonavides; Andrade, 1991, p. 442)²⁵. Todavia, não vieram grandes mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro (Mendes; Branco, 2018, p. 1.228).

Com a redemocratização brasileira, veio a lume a atual Constituição Federal, em outubro de 1988. No campo do controle de constitucionalidade, a previsão da arguição por descumprimento de preceito fundamental; de ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e das representações de inconstitucionalidade em face de Constituição Estadual representam, dentre outras, inovações no desenho do sistema de controle de constitucionalidade pátrio. A evolução do controle de constitucionalidade na ordem constitucional hodierna é notada pela doutrina:

Deve assinalar-se que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil sofreu uma substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. A ruptura do chamado “monopólio da ação direta” outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura configuram fatores que sinalizam para a introdução de uma mudança radical em todo o sistema de controle de constitucionalidade (Mendes; Martins, 2009, p. 42).

Do breve apontamento feito neste tópico, é de se notar que o papel de controle deixado sob a incumbência da Corte Constitucional costuma ser esmorecido quando há governos autoritários. Talvez essa circunstância corrobore a importância do controle de constitucionalidade para um regime que se pretenda autêntica e verdadeiramente democrático.

²⁴ É interessante a passagem registrada por Daniel Mitidiero: “*Da Constituição de 1891 à Constituição de 1988 passou o controle difuso de constitucionalidade sem qualquer interrupção, juntando-se a esse, com a Constituição de 1946, o controle concentrado de constitucionalidade.*” In: MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 25.

²⁵ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 442.

E foi sob a vigência da ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988 que o legislador ordinário teceu a Lei 9.868/1999, disciplinadora do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, assim como da ação declaratória de constitucionalidade.

E é na já citada Lei 9.868/1999 que se positivou a previsão de modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade, no já mencionado artigo 27. Contudo, antes da Lei 9.868/1999, houve casos nos quais a nulidade da lei inconstitucional foi mitigada para que se convalidassem efeitos de normatizações cujas inconstitucionalidades porventura fossem reconhecidas pela Corte Suprema.

Em 1981, no recurso extraordinário nº 78.533, a Corte Suprema avaliou – sob a luz da teoria da aparência – a higidez de penhora feita por oficial de justiça cujo provimento se deu com base em lei posteriormente declarada inconstitucional. Os efeitos do julgamento foram modificados para que se mantivesse o ato praticado pelo servidor indevidamente investido.

Também no recurso extraordinário nº 122.202, o Supremo Tribunal Federal admitiu não mexer em efeitos já gerados de Lei estadual ao declarar a inconstitucionalidade da aludida Lei.

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258, na qual se questionou o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, o ministro Ricardo Lewandowski mencionou casos nos quais o Supremo Tribunal Federal se valeu da modulação de efeitos antes de a Lei nº 9.868/1999 entrar em vigor.²⁶ O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ação direta nº 2.258, também faz menções ao fato de haver utilização da modulação antes da Lei nº 9.868/1999.²⁷

²⁶ Na arguição por descumprimento de preceito fundamental nº 915: “*Relembro que o STF, antes mesmo da Lei 9.868/1999, já admitia a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com o uso de técnicas de interpretação, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração de lei ‘ainda constitucional’ (Vide RE 78.533/SP, Rel. Min. Firmino Paz, RE 122.202/SP, Rel. Min. Francisco Rezek e RE 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).*”

²⁷ Eis o trecho ao qual se faz referência: “*Tanto a modulação de efeitos é função tipicamente jurisdicional que o STF procede à limitação temporal dos efeitos de suas decisões mesmo antes do advento da Lei 9.868/99 (p. ex. RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu), embora episodicamente.*”

De todo modo, foi com a previsão do artigo 27 da Lei anteriormente mencionada que a modulação passou a ser, substancialmente, mais utilizada no Direito brasileiro.

1.4 A PREVISÃO ESTATUÍDA NO ARTIGO 27 DA LEI Nº 9.868/1999

Conforme já mencionado, a previsão legal de modulação de efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade está no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.²⁸

Na introdução deste trabalho indicou-se que o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 não era celebrado por todos os operadores do Direito, porque criticado por determinados ministros do Supremo Tribunal Federal e atacado por meio da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258, recentemente julgada.

Em relação ao mencionado dispositivo legal, Osório Silva Barbosa Sobrinho menciona que se trata de dispositivo merecedor de especial atenção, porquanto traz “*inovações profundas no sistema até então praticado*” (Barbosa Sobrinho, 2000, p. 87).

Conforme já indicado na introdução desta tese, é irônico admitir que o permissivo para a modulação se situa numa lei.

De todo modo, é mister avaliar-se – ainda que brevemente – o texto do indicado dispositivo legal. É o que se tentará realizar doravante. Evidentemente, não é tarefa fácil a avaliação das expressões utilizadas pelo legislador, uma vez que os termos “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” são de difícil delimitação conceitual.²⁹

²⁸ Teori Albino Zavascki, aliás, ao avaliar a redação do citado dispositivo legal à luz da nulidade da norma inconstitucional – que é a regra no sistema brasileiro – enfatiza que tal “*dispositivo, na verdade, reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes...*” In: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49.

²⁹ A propósito, é o que registra Eduardo Appio: “*A modulação legal, nos termos atuais, não resolve o problema. Muito pelo contrário, ao estabelecer critérios fundados em conceitos jurídicos indeterminados e vagos – segurança jurídica e excepcional interesse público – fica clara a opção em favor da discricionariedade da Corte (motivada).*” É de se registrar o detalhe de que o autor ora citado, apesar da percuente reflexão, indica o conceito legal como *excepcional interesse público*, em vez de *interesse social*, como consta do texto legal. In: APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 121.

1.4.1 As razões de segurança jurídica

A expressão *segurança jurídica* acaba assumindo diversas feições a depender da aplicabilidade que a ela se dá.

Ela se encontra sustentando, por exemplo, o instituto da anterioridade tributária, assim como da convalidação dos atos administrativos (Carvalho Filho, p. 2007, p. 284); tem relação basilar com a irretroatividade das leis (Coêlho, 2015, p. 105), dentre outros institutos com os quais o operador do direito se depara. Canotilho leciona que a dimensão objetiva da segurança jurídica “*se liga à durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas*” (Canotilho, 2003, p. 374). Há quem fale que “*a segurança jurídica sobrepõe-se a qualquer outro interesse. Sobre ser fator de segurança é também fator de pacificação*” (Stoco, 2012, p. 1.017). Apesar de não se aquiescer, aqui, a tal posicionamento, é de se reconhecer que ele tem forte relevância, estando no centro do debate do Direito (Mascaro, 2010, p. 17).

Tendo em vista os diversos usos que se dá à expressão *segurança jurídica*, não é tarefa fácil promover-se a densificação de seu conteúdo. Com vistas a dar cabo de tal tarefa, socorre-se dos ensinamentos de Humberto Ávila, para quem, aliás, a segurança jurídica tem patamar constitucional, uma vez que o termo *segurança*, utilizado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, refere-se à segurança jurídica. Segundo esse autor, “*a previsão da ‘segurança’ no ‘Preâmbulo’ e no caput do art. 5º qualifica-se como proteção da segurança jurídica como segurança do Direito e segurança pelo Direito*” (Ávila, 2016, p. 221).

A conceituação da segurança jurídica, para Ávila, vem com os seguintes dizeres:

Uma norma princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, (...) como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado de seu futuro (Ávila, 2016, p. 286).

Uma acepção mais prática do postulado da segurança jurídica é ainda trazida pelo autor na seguinte formulação:

pode-se arguir que a segurança jurídica apenas exige a elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas. Nessa acepção, a segurança jurídica garante que se possa, em larga medida, antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas. A palavra mais correta para denotar esse sentido, em vez de “previsibilidade” (*Voraussehbarkeit*) é “calculabilidade” (*Berechenbarkeit*). Calculabilidade significa, pois, a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais (Ávila, 2016, p. 286).

A segurança jurídica permeia diversos institutos do Direito. É fundamental entender que ela tem a ver com a possibilidade de os indivíduos anteverem minimamente os atos que o Poder Público haverá de expedir na consecução de suas atividades. Ademais, é de se considerar que seu patamar é constitucional, o que carrega mais importância ao instituto em tela.

1.4.2 As razões de excepcional interesse social

Se não é tarefa fácil adensar o conceito de segurança jurídica, o conceito de *excepcional interesse social*, constante do artigo 27, tem uma amplitude semântica grande o suficiente para: (1) abarcar uma vastidão de situações das mais diversas possíveis; (2) não caber dentro de uma precisão conceitual.

A falta de uma limitação do conceito desse instituto não passa batida pela doutrina, que acaba identificando poder haver uma grande subjetividade na aplicação do tal *interesse social* a depender do julgador:

Essa sensibilidade quanto à ausência de previsão expressa (legal ou mesmo constitucional) do interesse confere expressiva subjetividade aos julgadores para fixarem os pilares conceituais de identificação das situações em que podem ou não aferir a modulação dos efeitos das decisões proferidas pela composição Plenária do Supremo Tribunal Federal.

Constata-se que a doutrina, a legislação e os padrões judiciais não possuem uma concepção definida e estática na análise do conceito de interesse social. Por muitas vezes, o interesse social é substituído pelo interesse público, analogia que as expressões não comportam (Tessari, 2022, p. 231).

De fato, como advertido pelo autor acima citado, não se encontra um – aqui se utiliza o numeral *um*, e não o artigo indefinido *um* – recorte conceitual bem estabelecido para a expressão *interesse social*. Antes, encontram-se diversos.

A diversidade tem a ver com a definição episódica a respeito do que seja interesse social. Por exemplo, a Lei nº 4.132/1962, que define casos de desapropriação em função de

interesse social, estabelece, em seu artigo 2º³⁰, o que se considera interesse social. Todavia, não é possível extrapolar a parametrização ali constante para outros fins que não os estabelecidos no aludido diploma legal.

Outro exemplo que se pode mencionar, em termos de previsões veiculadas legislativamente, grassa nas alíneas do inciso IX, do artigo 3º, da Lei nº 12.651/2012, também conhecida como Código Florestal³¹.

Se forem cotejados os conteúdos correspondentes ao preenchimento semântico de interesse social, constantes das aludidas leis, tomar-se-ão ideias bem distintas das respectivas definições. Isso, aliás, demonstra bem quão difícil é delimitar a expressão ora tratada.

Talvez o mais perto que se consiga chegar de um trato conceitual que defina interesse social seja o conceito de *interesse público*, geralmente utilizado pelos administrativistas

³⁰ Eis o teor do dispositivo legal sob comento: “Art. 2º *Considera-se de interesse social: I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico; II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO; III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias; V - a construção de casa populares; VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas; VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais. VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.*”

³¹ De acordo com o dispositivo mencionado, considera-se interesse social o seguinte: “a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas; b) a exploração agroflorestal sustentável praticada na pequena propriedade ou posse rural familiar ou por povos e comunidades tradicionais, desde que não descaracterize a cobertura vegetal existente e não prejudique a função ambiental da área; c) a implantação de infraestrutura pública destinada a esportes, lazer e atividades educacionais e culturais ao ar livre em áreas urbanas e rurais consolidadas, observadas as condições estabelecidas nesta Lei; d) a regularização fundiária de assentamentos humanos ocupados predominantemente por população de baixa renda em áreas urbanas consolidadas, observadas as condições estabelecidas na Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009; e) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos cujos recursos hídricos são partes integrantes e essenciais da atividade; f) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente; g) outras atividades similares devidamente caracterizadas e motivadas em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional à atividade proposta, definidas em ato do Chefe do Poder Executivo federal; (...)”

como ponto de partida para o estudo dos institutos de direito administrativo que abarcam a supremacia de tal interesse sobre o privado:

Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem (Mello, 2019, p. 62).

Cláudio Tessari adverte que as expressões *interesse público* e *interesse social* não são sinônimas e que uma visitação conceitual àquele ajuda na construção de um norte com o qual se possa trabalhar neste. O referido autor indica:

A modulação dos efeitos exige a identificação do interesse social para analisar a utilidade, a necessidade e a finalidade da decisão a ser proferida. Não obstante o direito perceba a existência apenas de interesse público ou privado, a interpretação da prescrição legislativa, nesse caso, abre o leque do interesse público para a existência, dentro dele, de um interesse social e de outro institucionalizado, direcionado ao apego financeiro (de caixa-fiscal) (Tessari, 2022, p. 238).

O citado autor, às mesmas páginas, então, arremata: “[s]eria, então, o *interesse social* modelo individualista, transformado em um modelo institucionalista, pois abordaria um sem-número de pessoas nas relações com o Estado.”

De todo modo, mais uma vez aqui se reforça a necessidade de robusta fundamentação para a modulação de efeitos, assim como a necessidade de a modulação ter que significar a proteção a algum direito fundamental, como, aliás, preconizado por Georges Abboud, para quem

o interesse social demanda uma justificativa exaustiva por parte do STF no instante em que determinar a modulação de efeitos, haja vista que terá que demonstrar, pormenorizadamente, quais os direitos fundamentais que serão beneficiados com a medida (Abboud, 2018).

Assim, se é difícil achar uma delimitação conceitual para o que seja o interesse social ao qual alude o legislador, no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, é fato que a construção de significado dessa expressão deve vir conectada com a realização dos direitos fundamentais, e no bojo de uma adequada fundamentação a ser expendida no processo analisado.

1.4.3 O quórum para modulação

Uma ressalva é cabível: não parece ser de boa medida – caso se almeje beneficiar a tradição brasileira segundo a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo deve operar efeitos retroativos – postular a simples extirpação do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 do ordenamento.

Sucedendo que há nele uma previsão considerável hígida: o quórum qualificado. Essa liturgia processual – tendo em vista a natureza constitucional-processual do regramento estabelecido pelo dispositivo regulador dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (Freire Júnior, 2000, p. 22) – pode ser considerada em benefício da teoria segundo a qual, em regra, a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos retroativos. E a constatação é simples: como o quórum estabelecido pelo artigo 27 da Lei 9.868/1999 é mais numeroso do que o estabelecido pelo artigo 97 da Constituição Federal, é mais cerimonioso modular-se o efeito de uma declaração de inconstitucionalidade do que declarar-se uma inconstitucionalidade.

Efetivamente, o quórum mais restrito exigido pelo dispositivo legal acima indicado preserva a nulidade *ex tunc* do ato declarado inconstitucional.

É bom que se note, nesse sentido, que há casos nos quais existira o intento modulador no Supremo Tribunal Federal, o que acabou inviabilizado, devido à insuficiência de ministros a aquiescerem à modulação pretendida. Exemplificativamente, cite-se as seguintes ações diretas de inconstitucionalidade: nº 3.522; nº 4.650; nº 4.900; nº 5.163; assim como a nº 2.949.

A propósito, foi na última ação acima indicada (a de nº 2.949) que houve um entrevero acirrado entre dois ministros. O episódio das alterações foi justamente por ocasião de uma tentativa de modulação ou não dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na referenciada ação direta:

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Senhora Presidente, sou Relator do caso e acho que deveria ter sido consultado até sobre a questão de ordem. Eu a encaminho em sentido contrário. Não vejo como um Ministro, ausente de um julgamento, não participou, não compôs o quórum e, atingido um determinado resultado, vamos suspender para que ele participe apenas de um aspecto do

juízo, exatamente para dar um sentido absolutamente contrário àquilo que foi decidido. É isso o que estamos fazendo. Eu voto contrariamente.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Sra. Presidente, em primeiro lugar, não temos de consultar colega algum para suscitar questão de ordem. Em segundo lugar, devo dizer...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Nem que fosse por cortesia.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Nem que fosse por cortesia. Não me sinto obrigado a consultar Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Eu fui o Relator do caso, ontem, não fui consultado sobre absolutamente nada.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Não há necessidade de consultar Vossa Excelência para submeter questão de ordem.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Nem que fosse na nossa sala de lanche, deveria ter sido consultado.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Não deveria ter sido consultado.

A rispidez entre os ministros não é captada pela transcrição. Contudo, em vídeos que podem facilmente ser vistos na rede mundial de computadores vê-se o tom interjetivo com que os magistrados discutem.

A nulidade *ex tunc* que operou sobre a lei declarada inconstitucional no mencionado caso permaneceu porque não se atingiu o quórum estabelecido no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.

No fim das contas, o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 acaba por obstaculizar – ao menos um pouco – o abrandamento da nulidade retroativa do ato declarado inconstitucional.

E há que se acrescentar que o quórum do qual se trata foi objeto de comentário colateral por parte de um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258, sobre a qual se tecerão comentários no item 1.4.5, mais adiante.

Na ocasião, ventilou-se a possibilidade de se rever o quórum atualmente necessário, com base no seguinte comentário:

É bem verdade que há razões sistemáticas e institucionais para proceder à revisão desse quórum. Novos dispositivos normativos ampliaram a possibilidade de

modulação de efeitos, como denota o exemplo do § 3º do art. 927 do CPC/2015, que autoriza a modulação na hipótese de mudança de jurisprudência.³²

Haverá pugnas pela revisão desse quórum num futuro próximo ou remoto? Não se sabe. No entanto, é duvidosa a retirada desse quórum do ordenamento porque ele – atualmente – é um freio ao poder do Supremo Tribunal Federal. Se a modulação de efeitos é expediente a ser adotado em caráter excepcional, é hígido que tal excepcionalidade exija a aquiescência de mais magistrados daquela Corte.

A propósito, parece ser discutível a constitucionalidade de eventual decisão do Supremo Tribunal Federal que afastasse o quórum previsto no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 para se modularem os efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Isso significaria mais poder nas mãos de menos membros da Corte Suprema, e mais facilidade para se excepcionar o ordinário padrão de operação retroativa dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

1.4.4 Sobre as críticas ao instituto da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade tal como previstas no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999

Críticas ao instituto da modulação há. Em parte, porque a Constituição, não regulou o tema, como há quem afirme (Palu, 2001, p. 171). Essa crítica diz respeito ao fato de não haver, no Texto Constitucional brasileiro³³, uma previsão tal qual a constante do artigo 282 da Constituição de Portugal, ora transcrito:

Artigo 282º

Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade

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

³² Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258.

³³ Cabe o registro feito pela Ministra Cármen Lúcia, em seu voto na ação direta nº 2.258, quando lembra que houve duas tentativas de veicular previsão de modulação de efeitos na Constituição Federal. Uma, da parte do Ministro Maurício Corrêa, quando ainda Senador na Assembleia Constituinte. A outra, da parte do Ministro Nelson Jobim, quando parlamentar.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.
3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.
4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs. 1 e 2 (Canotilho, 1998, pp. 193-194).

Lenio Luiz Streck estabelece uma crítica à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por força do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, poder fixar outro momento a partir do qual se darão os efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade. A crítica do citado autor nem é em relação à possibilidade de efeitos *ex nunc*, mas à possibilidade de a Corte Constitucional poder indicar outra data para a geração de efeitos de seus julgados. Para ele, tal dispositivo enfraquece a força normativa da Constituição (Streck, 2002, pp. 544-545).

Também há críticas vertentes de magistrados da Suprema Corte. Conforme se afirmou na introdução deste trabalho, o Ministro Marco Aurélio sempre votou contra a modulação. Em igual sentido, o Ministro relator da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258 proferiu voto contra a constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.

Sobre a mencionada ação direta, recentemente julgada, tratar-se-á no próximo item.

1.4.5 O recente julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258 e a transcendência dos motivos determinantes: a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal ter estabelecido um programa a ser seguido para as modulações de efeitos das declarações de inconstitucionalidade

Neste tópico, far-se-á uma avaliação a respeito da ação direta nº 2.258. O julgamento de tal feito se deu – coincidentemente – nos momentos finais de escrita desta tese. E a disponibilização do respectivo acórdão na rede mundial de computadores – fonte da qual se captaram os documentos pesquisados para este trabalho – deu-se nos dias finais de escrita desta peça.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258 continha, entre outras³⁴, a impugnação ao artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. O inteiro teor da fundamentação do julgamento tem 197 (cento e noventa e sete) laudas. Todavia, a quantidade relativamente vultosa de páginas no documento disponibilizado na rede mundial de computadores nos dias finais de escrita da presente tese não se refere apenas ao trato do dispositivo legal sobre a modulação de efeitos das ações diretas.

A referida ação foi julgada conjuntamente com a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.154³⁵, por se entender que havia uma identidade parcial do objeto de ambas. Ademais, também há questões processuais tratadas, como preliminar de ilegitimidade do autor da ação. A ação se iniciara em julho do ano 2000, e seu julgamento começou em fevereiro de 2007.

Desde já, adianta-se que o preceito estabelecido pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 foi tido como constitucional pela Suprema Corte.

O relator, Ministro Sepúlveda Pertence, acolhe a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.³⁶ O Ministro Marco Aurélio também sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo, com base – em resumo – nos seguintes dizeres:

³⁴ A ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258 também carrega impugnação à parte final do § 2º do artigo 11 (que dispõe sobre afastamento do efeito repristinatório da concessão de medida cautelar da ação direta); e ao artigo 21 (que trata de deferimento de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade), todos da Lei 9.868/1999.

³⁵ Na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.154, pleiteava-se a declaração de inconstitucionalidade por omissão dos vetos aos dispositivos que constariam do artigo 17 e dos §§ 1º e 2º do artigo 18 da Lei nº 9.868/1999. Eis o teor dos mencionados dispositivos vetados: “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 questionado. Art. 18. (...) § 1º. Os demais titulares referidos no artigo 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 caput, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. A aludida ação também atacava a parte final do artigo 26 da Lei 9.868/1999, segundo a qual a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade não pode ser objeto de ação rescisória.

³⁶ No documento de inteiro teor de acórdão ao qual se teve acesso, por meio do endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na rede mundial de computadores, não consta o voto do então relator. Todavia, há registro, às págs. 97, do inteiro teor, de lavra da Ministra Cármen Lúcia, que o Ministro Sepúlveda Pertence acolhera a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.

Conforme venho sustentando no Plenário – sempre o fiz e esperava, inclusive, pronunciar-me sobre a higidez do dispositivo –, não cabe, uma vez proclamado o descompasso com a Lei Maior, projetar o surgimento dos efeitos da constatação, sob pena de mitigação da Carta da República, como se até então não tivesse vigorado.

Toda norma editada em desarmonia com a Constituição Federal é nula. Formalizada a decisão, mostra-se inadequada elucidação de conflito de interesses de caráter subjetivo. Não se está a julgar situação concreta, concebida a partir do que se revela inconstitucionalidade útil levando em conta a morosidade da máquina judiciária.

A partir do momento em que este Tribunal não declara – como deve fazer – inconstitucional, desde o nascedouro, certa norma, acaba por incentivar, nas casas legislativas, atuação à margem da Carta da República, para que subsistam, com a passagem do tempo, situações constituídas – que, sob o ângulo do aperfeiçoamento, assim não se mostram –, as quais, posteriormente, serão endossadas, muito embora no campo indireto, presente modulação.

O Ministro Edson Fachin não acolheu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que trata da modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade em função – em suma – dos seguintes argumentos:

Se, por um lado, os efeitos das normas jurídicas infraconstitucionais devem ser observados, preservados e respeitados, por outro lado, também as normas constitucionais exigem observância, preservação e respeitabilidade, de modo que, se assim entender a maioria qualificada do Supremo Tribunal Federal, faz-se adequado e necessário o devido equacionamento de todas estas expectativas, o que, muitas vezes, somente é possível por meio da modulação de efeitos da decisão de controle abstrato de constitucionalidade.

Ao que parece, o ponto jurígeno de maior relevância do inteiro teor do acórdão que traz a fundamentação de constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 está no trecho transcrito doravante, no voto da Ministra Cármen Lúcia:

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).

Mais adiante, ainda em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia aduz que:

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.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por seu turno, traz fundamentos no sentido de que

cumprir, ainda, por derradeiro, que a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não é deixada à discricção da Suprema Corte, tampouco legítima a adoção de decisões desarrazoadas, sendo certo que tal medida será sempre condicionada a razões também de ordem constitucional, a exigir, por isso mesmo, fundamentação concreta, por tratar-se de regra de interpretação.

O Ministro Alexandre de Moraes registra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de haver compatibilidade constitucional do dispositivo legal que trata da modulação de efeitos. Em verdade, é de se registrar – aqui – que uma fundamentação dessas é mais um atestado fático do que está ocorrendo ao longo das décadas de vigor da Lei 9.868/1999 do que – propriamente – a manifestação de fundamentação sobre a juridicidade – *rectius*, constitucionalidade – do artigo 27 da citada Lei.³⁷

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, verte dezenas de laudas sobre a história da nulidade dos atos inconstitucionais no Brasil. Também aborda a questão em ordenamentos estrangeiros. Já quase ao fim de sua explanação³⁸, o referido Ministro indica que o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, ao tratar da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal promover a modulação de efeitos, “*não incorre necessariamente em inconstitucionalidade, porquanto mesmo sem essa previsão o STF poderia assim proceder.*”

³⁷ Eis o trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes ao qual se alude: “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 normativo, 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. CARMEN 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).”

³⁸ O assunto de que o Ministro Gilmar Mendes trata por último em seu voto diz respeito ao quórum estabelecido pelo artigo 27 da Lei 9.868/1999. Segundo ele, o legislador poderia – futuramente – afastar tal liturgia para a modulação. Nesta tese, não se aquiesce a tal posicionamento.

O ministro Luís Roberto Barroso afirma que “*a modulação é plenamente constitucional*”.

Acima, se tentou resumir – em brevíssima suma – pontos nevrálgicos dos votos da ação direta de inconstitucionalidade sob análise para atestar que, na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade decorreria da própria Constituição Federal, razão pela qual há chancela de constitucionalidade no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.

Mas, se é certo que a modulação decorre da Carta Constitucional, merece destaque o trecho transcrito do voto do Ministro Ricardo Lewandowski quando o referido magistrado afirmou que a previsão legal, com lastro constitucional, da modulação de efeitos “*tampouco legítima a adoção de decisões desarrazoadas, sendo certo que tal medida será sempre condicionada a razões também de ordem constitucional, a exigir, por isso mesmo, fundamentação concreta*”.

Para isso, chama-se atenção.

Como se sabe, geralmente, as sentenças – assim como os acórdãos, no caso de órgãos judiciais vocacionados a emitirem decisões colegiadas – estabelecem os comandos a serem obedecidos na parte dispositiva. Consta usualmente no dispositivo o trecho da decisão judicial no qual se estabelece o preceito normativo (Didier; Oliveira; Braga, 2015, p. 721), sendo “*a conclusão da decisão na qual o magistrado enunciará a norma jurídica concreta aplicável ao caso*”(Mourão, 2016, p. 657).

Sabe-se, no entanto, que, no caso particular das ações do controle concentrado de constitucionalidade, há uma característica diferencial, que diz respeito à técnica da transcendência dos motivos determinantes, de modo que os motivos que sustentam a decisão proferida em sede de ações diretas de inconstitucionalidade – assim como nas outras espécies de ações do controle concentrado – também exercem força jurídica e são de observância obrigatória.

Por isso, se afirma que “*a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em especial a ratio decidendi, deve ser observada por todos os juízes*” (Fuga, 2022, p. 04). Nesse mesmo diapasão, a doutrina leciona que

Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.

Como consequência, seria admissível reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que contrarie a interpretação constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. De forma coerente, a Corte reconheceu legitimidade ativa para ajuizar a reclamação a terceiros – isto é, a quem não foi parte no processo objetivo de controle concentrado –, desde que necessária para assegurar o efetivo respeito aos julgados da Corte (Barroso, 2016, pp. 248-249).

Também é de se referir que a circunstância de a fundamentação dos julgados nas ações diretas de inconstitucionalidade espalhar seus efeitos de necessária observância carrega *“uma maior coesão ao sistema; possibilitando que pessoas em iguais condições recebam idêntico tratamento, assegurando, em verdade, a observância dos princípios da igualdade e isonomia”* (Ali, 2019, p. 111).

Ora, se os fundamentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal devem ser observados, dada a transcendência dos motivos determinantes dos julgados nas ações diretas de inconstitucionalidade, é mister reconhecer que há que se seguir a orientação do Ministro Ricardo Lewandowski quanto à necessidade de fundamentação conectada ao processo analisado para que seja possível aferir a base constitucional que os demais julgadores afirmam haver como sustentação para o instituto da modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

E ainda cabe evocar, em reforço ao que aqui se expende, o disposto nos incisos I e V, do artigo 927, do Código de Processo Civil, que – indubitavelmente – impõem o ônus de o Supremo Tribunal Federal observar a necessidade de fundamentação como programa a ser seguido para modular efeitos das declarações de inconstitucionalidade.³⁹ Caso contrário, não será alcançada a *coesão sistemática* à qual se aludiu acima.

Em sendo assim, a Corte Suprema, seja pela transcendência dos motivos determinantes das ações do controle concentrado de constitucionalidade, seja pela incidência do artigo 927, em seus incisos I e V, terá a incumbência de seguir o programa que foi estabelecido

³⁹ Eis o teor dos incisos I e V do artigo 927 do Código de Processo Civil: “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (...) V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258 e que tem a ver – pelo menos em parte – com o entendimento postulado nesta tese.

1.5 A MODULAÇÃO COMO RESULTADO DE UMA NECESSIDADE CONSTATADA CASO A CASO E NÃO EM FUNÇÃO DE UMA PREVISÃO LEGAL (A MODULAÇÃO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL)

De acordo com a hipótese trabalhada nesta tese, segundo a qual a justificativa para a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade deflui do processo especificamente analisado, com a devida observância dos direitos fundamentais envolvidos na particularidade do respectivo caso, é interessante notar a relação da modulação de efeitos com esses direitos.

Entende-se que a modulação de efeitos funciona como uma *garantia fundamental*, uma vez que tem a finalidade de proteger determinado direito fundamental passível de ser atingido pelos efeitos retroativos de uma declaração de inconstitucionalidade. Nesse sentido:

Nada obstante, é igualmente certo que existem situações em que a decretação da inconstitucionalidade de determinada lei com efeitos *ex tunc* acaba promovendo um *estado de coisas ainda mais inconstitucional* do que aquele alcançado pela lei inconstitucional. Vale dizer: a decretação de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* acaba acarretando uma *ofensa ainda maior* à Constituição e aos direitos fundamentais. É justamente para essas situações que se prevê a possibilidade de *modulação de efeitos da decretação da inconstitucionalidade*, viabilizando-se excepcionalmente a adoção da tese da anulabilidade e da produção de efeitos *ex nunc* das decisões no controle de constitucionalidade (Mitidiero, 2021, pp. 75-76).

Nesse aspecto, é de se salientar a mezinha diferença que há entre direitos fundamentais e garantias fundamentais. Os direitos são os próprios bens jurídicos narrados, que têm natureza declaratória, ao passo que as garantias são os mecanismos de salvaguarda que devem operar para a proteção daqueles direitos.

São as garantias gerais e específicas, em verdade, que servem de lastro à ordenação dos direitos contrapostos na sociedade (Marinho, 1995, p. 09).

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam que a Constituição Federal tem direitos cujo objeto é um bem específico, tais quais a vida, a liberdade, dentre outros. No entanto, há textos normativos na Constituição que protegem aqueles direitos

de forma indireta, limitando o exercício do Poder. Essas são as “*normas que dão origem aos direitos-garantias, às chamadas garantias fundamentais*” (Silva, 2018, p. 415).

José Afonso da Silva, por seu turno, em didática passagem, diferencia os direitos e garantias no sentido de que “*os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens*” (Silva, 2018, p. 415)⁴⁰. O citado autor ainda arremata:

As garantias constitucionais em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais (Silva, 2018, p. 191).

A garantia constitucional é “*uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado*”, de acordo com Paulo Bonavides (Bonavides, 2016, p. 550)⁴¹.

Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho vai diferenciar os remédios – que visam à correção de violação de direitos – das garantias – que intentam a prevenção de violação de direitos fundamentais –, afirmando que “[a]s garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violariam direito reconhecido. São barreiras erigidas para a proteção dos direitos consagrados” (Ferreira Filho, 2007, p. 293).

A atual Constituição brasileira é a primeira (Piovesan, 2002, p. 320) a estabelecer uma regra tal como a prevista no artigo 5º, § 2º, segundo o qual “[o]s direitos e garantias

⁴⁰ José Afonso da Silva categoriza as garantias dos direitos fundamentais em *garantias gerais* e *garantias constitucionais*. As garantias gerais são aquelas que consagram a existência e efetividade dos direitos fundamentais. Dizem respeito à organização da comunidade política, tal como prevista no artigo 1º, da Constituição Federal. Já as garantias constitucionais seriam mecanismos por meio dos quais o próprio texto constitucional tutela a observância dos direitos fundamentais. Dividem-se em *garantias constitucionais gerais* e *garantias constitucionais especiais*. As gerais são “*instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes*”, impedindo o arbítrio. Por outro lado, as garantias constitucionais especiais são técnicas que protegem a eficácia dos direitos fundamentais. In: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, pp. 190-191.

⁴¹ Paulo Bonavides apresenta, ainda, divisão entre garantia constitucional de primeiro grau (que protege o espírito da Constituição, afasta o poder de emenda, assim como nas cláusulas pétreas); e garantia constitucional de segundo grau (que afasta a atuação do legislador ordinário). In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 562.

expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Portanto, o próprio texto constitucional abre portas para que haja outras garantias que não as delineadas na Constituição Federal. Nesse sentido:

A própria Constituição, no § 2º do citado artigo, estabelece uma abertura do sistema de direitos fundamentais para além dos expressos no artigo 5º, no Título II e, até mesmo, na própria íntegra da Constituição, com a outorga de status constitucional a direitos fundamentais presentes em tratados internacionais (Souza Neto, 2008, p. 286).

Aliás, é interessante notar que – usualmente – as indicações feitas à abertura propiciada pelo dispositivo constante do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal aludem aos direitos fundamentais. Contudo, deve ser notado, ainda, que as garantias fundamentais também são – igualmente – referenciadas pelo constituinte quando afirmou que elas podem grassar dentro ou fora do texto da Carta Constitucional, desde que – as garantias – sejam “*decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*”.

Aqui é o enleio do que se está a escrever a respeito das garantias fundamentais e a ideia trazida na presente tese.

Sucedem que o afastamento da operação retroativa dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade deve se dar precisamente para proteger algum direito fundamental implicado em determinado processo. Essa deveria ser a justificação da modulação de efeitos. Nesse passo – e tomando as notas doutrinárias acima apresentadas – a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade funcionaria como limite ao exercício do Poder (de acordo com a nota de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco); sendo um meio a fazer valer os direitos fundamentais (de acordo com José Afonso da Silva); regendo o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, que é uma instituição do Estado (de acordo com Paulo Bonavides); prevenindo a violação de direitos fundamentais (de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho).

A modulação, assim, seria justificada pela proteção a um determinado direito fundamental envolvido no caso analisado naquele processo. Ademais, não é de se olvidar o arrimo constitucional que ela tem, haja vista a previsão estabelecida pelo artigo 5º, § 2º,

da Constituição Federal, segundo o qual as garantias estabelecidas na Carta Fundamental não afastam outras que defluam do próprio desenho constitucional brasileiro.

1.5.1 Um breve apontamento a respeito do encadeamento da fundamentação das decisões que modulam efeitos nas declarações de inconstitucionalidade com a legitimidade democrática a ser alcançada pelo Supremo Tribunal Federal

Faz-se necessário tecer um breve comentário sobre um fio político cumprido pela fundamentação de uma decisão do Supremo Tribunal Federal (de modulação de efeitos) em declaração de inconstitucionalidade.

Conforme se indicou acima, a Corte Suprema é guardiã da Constituição Federal, exercendo o papel de controle de poder e de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

No desenrolar do papel de proteção dos direitos e garantias fundamentais, ganha relevo o dever de o Poder Judiciário – neste particular, o Supremo Tribunal Federal – explicitar os motivos pelos quais as decisões são tomadas, seja pela previsão entabulada no artigo 93, IX, da Constituição Federal, seja pelo compromisso democrático⁴² que a Corte Suprema deve reforçar a cada julgado. Ademais, *“a exigência motivacional se afirma no clamor pelo controle da atividade judiciária, no especial sentido de dela exigir esclarecimentos acerca das condutas admitidas no convívio entre os homens”* (Torres, 2017, p. 32).

Além disso, se o controle de constitucionalidade *“realizado por uma Corte Suprema apresenta vantagens significativas se comparado ao desempenhado por outras instituições meramente políticas, em termos de qualidade da argumentação jurídica”* (Streck, 2020, p. 21), é imprescindível que as fundamentações que modulam os efeitos das declarações de inconstitucionalidade sejam bem talhadas.

⁴² Nesse sentido, Rodrigo Brandão: *“Portanto, acredita-se que o Judiciário em geral e o Supremo Tribunal Federal, em particular, têm um papel relevantíssimo na proteção de direitos e no aprimoramento do caráter deliberativo da democracia brasileira”*. BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. Capítulo 11. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 351-390, p. 354.

A nulidade de uma decisão judicial não fundamentada tem a ver com o acima afirmado compromisso democrático do Judiciário com a possibilidade de controle de suas decisões, na forma como preconiza Teresa Arruda Alvim, ao discorrer que o sistema de nulidades desempenha uma função de controle, porque o particular, atingido por determinado ato, pode se insurgir contra o referido ato se ele fugir do parâmetro cuja obediência se espera (Alvim, 2017, p. 164).

Há, ainda, outro elemento que pesa na imprescindibilidade da fundamentação das decisões judiciais: a dificuldade contramajoritária que a técnica de controle judicial de constitucionalidade enfrenta, uma vez que um tribunal composto por magistrados que não foram eleitos pelo voto suplanta atos normativos oriundos de estruturas estatais cujos membros foram eleitos pela população (Victor, 2015, p. 100).

Sucede que a atuação da Corte de vértice há de ser vocacionada precisamente para resguardar os direitos e garantias fundamentais, ainda que – ou principalmente – contra eventuais ataques que uma eventual maioria lhe desfira, na linha do que se afirmou no início deste capítulo.⁴³ Aliás, a legitimidade da jurisdição constitucional passa pela atenção a ser dada às pessoas, com proteção a elas “*contra arroubos de vontades majoritárias, ainda que supedaneadas por exercício de poder institucionalizado e legitimado a prever (...) quais são e como serão tutelados cada um deles*” (Veira, 2008, p. 269).

Uma decisão judicial não fundamentada é nula. Uma decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade que – porventura – não esteja fundamentada não somente é nula, mas descumpre um compromisso político de legitimação. E é percuente atentar-se para o fato de que o “*discurso justificativo torna-se o verdadeiro elemento de diferenciação e legitimação das decisões judiciais e, no fundo, da própria jurisdição diante da legislação*” (Mitidiero, 2017, p. 72).

⁴³ Eis o escólio de André Ramos Tavares, que se aplica ao que ora se afirma: “*Democracia não se confunde, pois, com maioria, nem muito menos com eleições para acesso aos cargos do poder. Além disso, o Tribunal Constitucional surge como verdadeiro guardião das regras da democracia verdadeira, um órgão que atua para assegurar que essas regras mínimas (que são pressupostos do sistema) serão observadas, inclusive contra a vontade majoritária.*” In: TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 156.

As decisões proferidas pela Suprema Corte em processos de controle de constitucionalidade, dado seu viés político, devem se ocupar de externar de maneira satisfatória as razões pelas quais se decide desta ou daquela maneira. E as decisões que modulam efeitos em declarações de inconstitucionalidade não de cumprir esse percurso com mais profundidade, porque, ao fim, elas acabarão por aceitar aquilo que, inicialmente, macularia a Constituição Federal.

E, se o Tribunal Constitucional brasileiro se balizar pelas as expressões utilizadas pelo artigo 27 da Lei 9.868/1999, quais sejam, a *segurança jurídica* e o *excepcional interesse social*, aí que o mister de fundamentação deve ser mais aprofundado, dada a dificuldade de preenchimento semântico dos conceitos carreados na amplitude dessas expressões (haja vista o item 1.5.1, desta tese).⁴⁴

É na fundamentação da decisão que modula os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade que o Supremo Tribunal Federal, no exercício de seu papel político e de abrigo contramajoritário contra eventuais violações de direitos e garantias fundamentais, deve justificar manifestamente esses papéis, ao enredar os direitos fundamentais que temperam o processo sob enfoque no fator tempo envolvido na operação – ou não – dos efeitos retroativos da referenciada declaração de inconstitucionalidade.

É sobre a fundamentação das decisões que modulam os efeitos das declarações de inconstitucionalidade que trata o próximo capítulo deste trabalho.

⁴⁴ É o que adverte, aliás, Luís Antônio Cunha Ribeiro: “Sobretudo é preocupante a letra do dispositivo quando a motivação da providência vem na forma de conceitos jurídicos indeterminados – *segurança jurídica* ou *excepcional interesse social* –, conferindo ao Tribunal ampla discricionariedade na sua aplicação. Se passaremos a uma era em que o cumprimento da Constituição tornar-se-á matéria de conveniência e oportunidade, ou seja, caberá ao STF não impor o cumprimento da Carta, mas decidir quando é conveniente ou não que a mesma seja respeitada, abandonaremos o Estado de Direito rumo ao odioso arbítrio.” RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. Democracia e controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (organizador). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 219-231, p. 231.

1.6 UM COMENTÁRIO NECESSÁRIO A RESPEITO DA COMPATIBILIDADE DO REFERENCIAL TEÓRICO ADOTADO E AS CARACTERÍSTICAS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Já se afirmou neste trabalho que a sustentação para a modulação de efeitos de declarações de inconstitucionalidade deve advir do caso levado à análise pelo Supremo Tribunal Federal, na conformidade e especificidades que este apresenta. Tendo em vista esse contorno, no capítulo seguinte, será estudada a teoria de Theodor Viehweg (sobretudo em seu *Tópica e jurisprudência*), assim como a Retórica, brindada por Aristóteles.

O desiderato que será buscado no capítulo vindouro é entender o Direito também como algo a ser desvelado de maneira situacional, dentro dos delineamentos do caso sob análise, e não como a concepção prévia de algo anteriormente estabelecido.

Em sendo assim, é importante fazer-se uma ressalva.

Sucedem que a concepção teórica buscada para alicerçar o presente trabalho olha o fenômeno do Direito a partir do problema posto, de modo que está na inventividade do Direito a busca da solução para aquele respectivo problema. Diante desse cenário, é de se afirmar que “[a]penas o problema concreto ocasiona de modo evidente tal jogo de ponderação que vem se denominando *tópica* ou *arte da criação*” (Viehweg, 2008, p. 34).

De outra banda, já se chamou atenção acima para trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandoswski no qual o referido magistrado alude que o instituto da modulação de efeitos, condicionado a razões de ordem constitucional, exige “*fundamentação concreta*”. Em verdade, não se sabe se a expressão *fundamentação concreta* vertida pelo então Ministro quer dizer uma fundamentação com um mínimo de robustez a sustentar a modulação (algo para o qual ele atenta em seu voto); ou uma fundamentação conectada com a especificidade do caso em análise (o que também não estaria fora de contexto).

Seja em se tomando a abordagem do então Ministro Ricardo Lewandoswski, seja em se tomando a abordagem de Theodor Viehweg, é natural concluir que é no caso levado à análise, com suas nuances e particularidades, que estará a tônica para erigir a modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

E aqui calha a ressalva a ser feita.

O lugar de estudo do trabalho ora empreendido se dá em ações diretas de inconstitucionalidade; ou seja, no controle concentrado de constitucionalidade. Como se sabe, o *“controle por via principal é associado ao controle concentrado e, no Brasil, terá normalmente caráter abstrato, consistindo em um pronunciamento em tese”* (Barroso, 2016, p. 73).

Cotejando o caráter abstrato do controle objeto do estudo ora empreendido com a teoria de base adotada (que perscruta as especificidades advindas do caso posto sob enfoque em cada processo), pode parecer que ambos vão em rota de colisão. Mas, como todo respeito, tal interpretação não procede.

Isso porque os processos de controle de constitucionalidade que guardam caráter abstrato – por mais que carreguem essa peculiar característica – não deixam de se deparar com um problema (mais adiante se verá que o problema é o ponto de partida da abordagem tópica de Viehweg): o possível aparecimento de eventual nódoa a ser dirimida pela operação de efeitos retroativos de uma declaração de inconstitucionalidade.

Esse senão a ser superado pela modulação de efeitos somente pode surgir a partir do conhecimento das especificidades que o caso sob análise apresenta. Por que, num caso, a modulação se faz necessária; noutro, não? A diferença entre a resposta afirmativa ou negativa frente à pergunta “deve-se modular?” reside nas circunstâncias peculiares de cada caso.

É nesse espaço que se observa a inventividade do Direito a compor a adequada fundamentação para a modulação.

A abstração – que é a nota do caráter do controle em questão – não despoja a avaliação a ser empreendida em determinado caso dos matizes que este tenha e façam com que ele clame pela modulação. Mesmo em meio à abstração de determinado modal de controle, as particularidades de cada processo têm peso suficiente para haver modulação em um caso, sim, mas não em outro.

2 DO PROBLEMA À FUNDAMENTAÇÃO: DA TÓPICA DE THEODOR VIEHWEG À RETÓRICA DE ARISTÓTELES

Conforme se aduziu na introdução deste trabalho, a possibilidade de modulação de efeitos de declarações de inconstitucionalidade há de emergir caso a caso, com as necessidades e possibilidades que cada um deles contém.

Nesse aspecto, é imprescindível tomar-se como teoria de base um estudo que compreenda o Direito como algo a ser construído a partir de uma situação com a qual se depara, em vez de algo necessariamente já dado, de forma pré-estabelecida. Recorre-se, neste particular, à formulação de Theodor Viehweg, mormente em sua obra, *Tópica e jurisprudência*; bem como à *retórica* de Aristóteles.

2.1 SOBRE A TÓPICA DE THEODOR VIEHWEG: A SOLUÇÃO A PARTIR DO PROBLEMA EM ANÁLISE

Pode-se considerar Theodor Viehweg como um dos precursores da teoria da argumentação jurídica⁴⁵, bem como da concepção contemporânea de um Direito menos alinhado ao esquadro positivista da ciência (Roesler, 2009, p. 51). Em sua obra *Tópica e Jurisprudência*⁴⁶, Viehweg propõe um modelo de pensamento que busca soluções a partir do problema, dentro de uma estrutura tópica.

A novidade que aparece aqui é o resgate da tópica, peça modular da retórica antiga, que Viehweg busca em Aristóteles e em Cícero para pensar a estrutura da Jurisprudência e acompanhar seu desenvolvimento histórico desde os romanos até a civilística sua contemporânea (Roesler, 2013, p. 12).

⁴⁵ Conforme Atienza, “[o] que normalmente se entende hoje por teoria da argumentação jurídica tem sua origem numa série de obras dos anos 50 que compartilham entre si a rejeição da lógica formal para analisar os raciocínios jurídicos. As três concepções mais relevantes (...) são a tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman e a lógica formal de Toulmin.” In: ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª. ed. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 45.

⁴⁶ Vem a calhar um trato sobre o termo *jurisprudência* utilizado na obra de Viehweg: “Na Alemanha, a expressão *Jurisprudenz* (*Jurisprudência*) designa, de modo mais amplo, aquilo que podemos considerar aproximadamente como o sentido da ciência do direito para o jargão brasileiro, ou seja, o conjunto dos discursos que são feitos pelos especialistas nos diversos ramos do direito, com base na legislação, nas decisões dos tribunais e no (e a partir do) desenvolvimento de novos conceitos jurídicos, e também é, via de regra, considerada como uma atividade científica”. In: ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. 2ª ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 12.

A tópica representa uma corrente engajada em modificar o ato de interpretar as regras tradicionais, sobretudo em âmbito de Direito Constitucional (Sparemberger, 2001, p. 110). De acordo com o próprio Viehweg, o “*aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema*” (Viehweg, 2008, p. 33).

Ao evocar a construção do Direito a partir do problema que se apresenta, Theodor Viehweg almeja sobrepujar o modelo moderno de ciência – marcado pela dedução de uma verdade a partir da outra – tomando as questões práticas, buscando, “*ao invés de uma teoria da ciência nos parâmetros cartesianos, uma teoria da práxis que levasse em consideração as suas especificidades*” (Roesler, 2013, p. 45).

Nesse aspecto, é relevante notar – dentro do ensejo segundo o qual problema e sistema se sustentam em implicações essenciais – uma diferença entre o *pensar sistematicamente* e o *pensar problematicamente*. Quando se pensa com acento no sistema, depara-se com problemas que são solúveis e problemas que são insolúveis. Ou seja, partindo-se de um sistema, chega-se a uma seleção de problemas. Todavia, quando se pensa com acento no problema, tem-se como solução uma seleção de sistemas; busca-se um sistema que sirva de base para uma solução; parte-se do problema para se chegar a uma seleção de sistemas (Viehweg, 2008, p. 35).

Justamente por conta do que se escreveu acima, a respeito de implicações recíprocas entre sistema e problema, que há quem afirme não existir razão na crítica de acordo com a qual Viehweg refuta qualquer sistema. Para ele, o sistema não deve ser descartado, apesar de não ocupar papel central em sua teoria.⁴⁷ Também se podem trazer aqui os dizeres segundo os quais o pensamento dogmático se faz necessário “*e busca continuamente*

⁴⁷ A esse respeito, vide ALMEIDA, Juvêncio Costa. Theodor Viehweg: jurisprudência, pensamento problemático e o retorno à tópica jurídica. **Revista Direito e Liberdade**, v. 14, n. 2, p. 99-116, 2012, p. 104. Do mesmo modo, também cabe ressaltar que Viehweg não defende uma aplicação contra legem da tópica, conforme anota GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Tópica, derecho y método jurídico**. Valencia: 1987, p. 174.

influenciar ou provocar em um grupo social mais ou menos amplo um conjunto de comportamentos, com o menor grau de perturbação possível” (Roesler, 2013, p. 53).⁴⁸

Voltando à importância do problema, é de se afirmar que este ciceroneia – dentro de suas características demandadas, na conformidade daquilo que se revela caso a caso – o pensamento que, por seu turno, recorre aos tópicos, clamando pela construção a ser realizada⁴⁹ (daí o enleio na questão levantada nesta tese). Nesse aspecto, afirma-se:

Viehweg destaca que a jurisprudência sempre lida com a questão do que é justiça e como encontrá-la em um caso particular. É objetivo da ordem jurídica, afirma ele, atender a essa questão de justiça em relação a um problema concreto. Portanto, o pensamento jurídico deve partir do problema e proceder exatamente como o pensamento do problema, que é o procedimento da tópica (Velten, 1990, pp. 26-27).⁵⁰

Assim se sustenta que a tópica possibilita a flexibilização da interpretação jurídica, levando em consideração outros aspectos, que não os normativos, como a indagação do que é justo aqui e agora (Sanz Bayón, 2013, p. 99).

Essa concepção tomada por Viehweg vai de encontro à talhada sob as luzes do sistema dedutivo.⁵¹ Ao se estabelecer tal sistema – qual seja, o dedutivo – a tópica há de ser

⁴⁸ Cabe o comentário de que a dogmática é vista em relação à zetética cujo papel seria o de (conforme consta à p. 57, da obra citada) “*examinar criticamente os pressupostos que embasam a dogmática, fornecendo-lhe, assim, condições de revisar seus dogmas*”. O próprio Viehweg faz a distinção, no âmbito do raciocínio jurídico, entre raciocínio dogmático e zetético. A finalidade do raciocínio dogmático seria o de fixar certas opiniões; ao passo que ao zetético cabe a realização de investigações acerca do direito. In: VIEHWEG, Theodor. **Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico**. Tradução de Carolina Campo de Melo. Disponível em: < http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur>, 1969.

⁴⁹ Vide ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 81: “*Uma característica importante do pensamento tópico é que ele, por estar voltado para o problema, deve evitar os raciocínios que o afastem do problema. A ars inveniendi, a invenção, precede o raciocínio lógico-tópico, ou seja, da correta identificação do problema (das premissas da discussão) é que surgirão as premissas necessárias para a solução das questões postas; quando essas se afastam do problema, automaticamente perdem a validade. O pensamento problemático, tópico, não pode criar deduções de longo alcance, porque todas as deduções podem ser interrompidas pelo problema.*”

⁵⁰ O trecho transcrito é tradução livre de: “*Viehweg points out that jurisprudence always deals with question of what is justice and how to find justice in a particular case. It is the task of the legal order, he states, to serve this question of justice with regard to a particular problem. Therefore legal thought must start from the particular problem and proceed just as the problem thinking does, which is the procedure of the topics.*” In: VELTEN, Wolfram. **Juristic topics in English legal theory: The 'topical' method of finding and legitimizing premises for the solution of 'hard cases' in the light of English legal theory**. 1990. Tese de Doutorado. Durham University, pp. 26-27.

⁵¹ A esse respeito: “*Así vemos que Viehweg acusa una contraposición insalvable entre pensamiento tópico y pensamiento sistémico, sugiriendo que el carácter problemático de la jurisprudencia hace imposible la sistematización 'lógica deductiva' de lo jurídico, pues son los problemas los que ponen en marcha el*

abandonada, para o mencionado autor alemão, quedando-se afastada qualquer invenção, pois o “*sistema assume a decisão e decide por si só sobre o sentido de cada questão*” (Viehweg, 2008, p. 45). Já o raciocínio tópico traz outra perspectiva, qual seja, a de que a argumentação ganha relevância, pois os argumentos “*num processo jurídico não podem ser deduzidos de qualquer esquema lógico, mas surgem a partir de questões individuais coexistentes, não deduzíveis entre si*” (Krell; Krell, 2016, p. 264).

Das breves considerações acima feitas, já é possível enxergar que Theodor Viehweg propõe algo diferente daquilo que deflui do paradigma moderno que – plantado por René Descartes ao enunciar que “*sempre preservemos em nossos pensamentos a ordem necessária à dedução de uma verdade da outra*” (Descartes, 2011, p. 26) – exerceu influência sobre os operadores do Direito que concebem a atividade jurisprudencial como sendo voltada para reproduzir o direito, “*para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas*” (Bobbio, 1999, p. 212).⁵² Viehweg indica que a lógica moderna não representa uma conquista para a lógica jurídica (Viehweg, 1966, p. 302).⁵³⁻⁵⁴

*proceso de búsqueda de sistemas que ayuden a encontrar una solución, y no al revés.” In: BENAVIDES, Patricio Martínez. Sobre la influencia de Tópica y Jurisprudencia de Viehweg en el método de interpretación constitucional de Hesse. **Derecho y Justicia**, n. 4, p. 117-138, 2014, p. 125.*

⁵² Trazendo essa perspectiva a partir de Kelsen: “*Como anteriormente verificamos, uma ordem jurídica é um sistema de ordem gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a esse sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica*”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 260.

⁵³ Apesar da importância e dos avanços da tópica, há críticas à obra de Viehweg. Alega-se que ele não deixa transparente qual a relação da tópica com o direito positivo, nem a função das normas no processo decisório. Sob esse aspecto, vide: DE BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de informação legislativa**, n. 163-164, p. 153, Brasília: 2004, pp. 162-163. Também trazendo críticas sobre Viehweg: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Tópica, derecho y método jurídico**. Valencia: 1987.

⁵⁴ Uma leitura é importante para incrementar a avaliação da relação entre a tópica e o método cartesiano: “*O componente crítico da tópica de Viehweg deve ser matizado e reorientado, pois sua ruptura não é com um método jurídico propriamente lógico-dedutivo, mas com o ‘ontologismo subjacente ao método do século XIX’. A grande guinada da tópica foi romper com a crença de uma total separação sujeito/ objeto e com a idéia de que para todos os problemas jurídicos há uma solução predeterminada pelo direito positivo, cabendo ao intérprete tão-somente a sua aplicação mecânica. A vontade do legislador já não passa mais a ser considerada necessariamente racional, ao mesmo tempo em que aumenta significativamente a margem de liberdade por parte do juiz, que não se limita mais a conhecer o direito preexistente, passando também a decidir.*” In: DE BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de informação legislativa**, n. 163-164, p. 153, Brasília: 2004, pp. 162-163.

Viehweg, já no primeiro capítulo do seu *Tópica e jurisprudência*, intitulado *Alusão de Vico*, evoca estudo elaborado por Gian Battista Vico para ressaltar que as desvantagens do novo método de estudos (fazendo-se referência ao dedutivo) prevalecem sobre as vantagens⁵⁵. Dentre as desvantagens, estariam o prejuízo de um exame menos profundo e a pobreza da linguagem empregada. O antigo método retórico, especialmente pela tópica retórica, poderia impedir tais desvantagens, de acordo com Vico (Viehweg, 2008, p. 19).

Assim, Viehweg vai buscar elementos para um exame mais profundo dos casos postos à análise do operador do Direito, no afã de se construir um modelo mais inventivo, no qual as análises efetuadas pelos juristas tenham o problema como ponto de partida. Em tal ponto, ele vai recorrer à tópica. Primeiro, à de Aristóteles; depois, à de Cícero.

2.2 UMA BREVE INCURSÃO NA TÓPICA DE ARISTÓTELES E NA TÓPICA DE CÍCERO A PARTIR DE VIEHWEG

Dito que a obra de Viehweg ora avaliada vale-se da tópica, é necessário indicar que ele resgata a tópica de Aristóteles e de Cícero.

A tópica de Aristóteles encontra-se no livro de nome homônimo (também encontrado sob o nome de *Tópicos*), sendo uma das obras que integram o *Órganon*. O objeto da tópica de Aristóteles, de acordo com o próprio Viehweg, são conclusões oriundas de premissas que soam verdadeiras com base em opiniões respeitáveis (Viehweg, 2008, p. 24). Aristóteles abre sua *Tópica* afirmando o desiderato de tal obra:

O propósito deste estudo é descobrir um método que nos capacite a raciocinar, a partir de opiniões de aceitação geral, acerca de qualquer problema que se apresente diante

⁵⁵ O pensamento de Vico sobre o método cartesiano cabe no seguinte trecho: “As características de clareza e distinção do saber matemático e geométrico se explicam porque somos nós os artífices de uma e outra ciência. Só seria possível pensar em semelhante método e pretender as mesmas características no campo de saber científico se nos considerássemos criadores do mundo e supuséssemos que ele está escrito em linguagem matemática e com caracteres geométricos. Se descartarmos a primeira hipótese, evidentemente falsa, quem nos autorizará a defender a tese do pan-matematismo, segundo a qual estrutura da realidade deve ser concebida em termos matemáticos, em cujo contexto foi concebido e é difundido o método cartesiano? Essa tese parecia a Vico uma pretensão absurda, defendida em virtude de uma aceitação acrítica de uma filosofia presunçosa e infecunda.” REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia, v. 4: de Spinoza a Kant**. Tradução - Ivo Storniolo, São Paulo: Paulus, 2005, p. 194.

de nós e nos habilite, na sustentação de um argumento, a nos esquivar da enunciação de qualquer coisa que o contrarie (Aristóteles, 2016, p. 369).

Aristóteles vai traçar inicialmente uma diferença entre o silogismo, que é uma demonstração a partir de premissas verdadeiras (que geram convicções a partir de si mesmas); e o silogismo dialético advindo de opiniões de aceitação geral (Aristóteles, 2016, pp. 369-370), para, mais adiante, arrematar: “*com finalidades filosóficas, cabe nos ocuparmos com as proposições sob o prisma da verdade, mas se nossas intenções são de caráter dialético, nossa perspectiva deve ser aquela da opinião*” (Aristóteles, 2016, p. 384).⁵⁶

Viehweg enfoca o aspecto prático da tópica de Aristóteles, e afirma que se fala em *topoi* no que concerne às conclusões dialéticas e retóricas, sendo os *topoi*, para Aristóteles, pontos de vista que podem ser empregados a favor e contra o opinável (Viehweg, 2008, pp. 25-26).

Séculos depois de Aristóteles, Cícero escreveu a tópica que, segundo Viehweg, foi a que remanesceu definitivamente. A tópica de Cícero difere da tópica de Aristóteles, porque aquele pretende buscar a aplicação da tópica à práxis. Aqui, leva-se em consideração que o estudo feito por Cícero fora encomendado por Trebatius, que era jurista, interessado no entendimento da matéria para a aplicação a casos concretos. O objetivo da obra de Cícero era a compreensão da tópica de Aristóteles como um meio para dispor de elementos aplicáveis a todas as discussões imagináveis (Viehweg, 2008, p. 28).

Em suma, pode-se afirmar que Aristóteles se preocupa com fundamentos; ao passo que Cícero, com resultados (Viehweg, 2008, p. 28).⁵⁷

⁵⁶ Também atentando para a diferença aduzida: “O raciocínio apodítico relaciona-se ao domínio do necessário e do conhecimento das causas, o que é assegurado por meio da demonstração, que Aristóteles chamou de silogismo científico. O silogismo científico se dá quando as premissas que levarão a determinada conclusão são verdadeiras, primeiras, imediatas, mais conhecidas, anteriores e causas da conclusão. O raciocínio dialético, por sua vez, orienta-se pelo campo do contingente, aquilo que pode ser de outra forma. Trabalha-se com o verossímil, ou seja, aquilo que é aceito pela comunidade como parecendo verdadeiro, como aponta Aristóteles nas *Refutações Sofísticas*”. In: GAMBA PRATA DE CARVALHO, Angelo; Roesler, Claudia Rosane. A recepção da Tópica ciceroniana em Theodor Viehweg. *Revista Direito e Práxis*, pp. 26-48, 2015, p. 28.

⁵⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução de Kelly Susane Aflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008, p. 30. Às referidas páginas, assim escreve Viehweg: “Como se vê, Aristóteles esboça na sua tópica

2.3 A TÓPICA NO *IUS CIVILE* E NO *MOS ITALICUS* E NA CIVILÍSTICA DE ACORDO COM A ANÁLISE DE VIEHWEG

Também é interessante notar, na obra de Viehweg, o recurso que ele faz ao *ius civile* para mostrar a ligação de tal modelo jurídico com a tópica, em vez de ligação com o pensamento sistemático. A partir do *Digesta* de Juliano como representação do estilo jurídico romano, Viehweg trabalha exemplificativamente com o instituto da usucapião, mostrando um trecho que, de acordo com ele, tem coerência problemática, e não sistemática (Viehweg, 2008, pp. 48-49).

Para Viehweg, a postura fundamental da tópica está no fato de o jurista romano apresentar um problema e cuidar de achar argumentos para solvê-lo. Ele pressupõe um nexo dentro do qual se move, mas que não se ocupa de demonstrar (Viehweg, 2008, p. 51). O autor alemão, comentando o apanhado feito em relação ao modelo romano, resume bem sua formulação, afirmando que “a tópica coleciona pontos de vista e os abarca depois em catálogos que não estão dominados por um nexo dedutivo e podem, portanto, ser ampliados e completados sem dificuldade” (Viehweg, 2008, p. 55).

Outro comentário importante feito em relação ao trecho transcrito do *Digesta* de Juliano, a cuja análise Viehweg se dedica é o de que

este fragmento possui, indubitavelmente, uma coerência de sentido, mas tal coerência, entretanto, não é sistemática, porém, puramente problemática no sentido de que já está dito. Vem oferecer a considerar uma série de soluções em ordem a um complexo de problemas, buscando e estabelecendo dois pontos de vista (boa-fé, interrupção) que não aparecem unicamente aqui, porém, que procedem de outros e similares grupos de textos, onde tem encontrado já o seu reconhecimento e comprovação. Desta maneira, constrói-se ante nossos olhos, de uma forma muito viva, uma estrutura jurídica (Viehweg, 2008, p. 49).

Outra utilização da tópica é sustentada pelo autor estudado quando de sua análise sobre os fundamentos utilizados pelos representantes do *mos italicus*, na Idade Média. Era pela

uma teoria da dialética (entendida, aqui, no sentido de arte retórica, cf. *supra* I, 1), na qual ele proporciona um catálogo de tópicos estruturado de modo flexível e apto a fornecer relevantes serviços à prática. É isso que interessa a Cícero. Ele entende por tópica uma prática de argumentação que adota um catálogo de tópicos, que com este propósito ele elaborou. Apesar de Aristóteles tratar, ainda que não de modo exclusivo, mas em primeiro lugar, da formação de uma teoria, para Cícero importa, ao invés, a aplicação de um catálogo de topoi. Não obstante o interesse do primeiro estar voltado, essencialmente, aos fundamentos, o segundo se preocupa com os resultados.”

tópica (*ars inveniendi*) que vinha a solução de problemas pela interpretação, quando dois textos entravam em contradição (Viehweg, 2008, p. 67).

Tanto em relação ao *ius civile* quanto em relação ao *mos italicus*, é de se ressaltar que, como ali se dava muita relevância aos textos, o uso da tópica se fazia presente para resolver casos de contradições entre os textos, bem como para se estabelecer uma relação adequada entre determinadas situações (Morelli, 2002, p. 69).

Viehweg ainda postula – no capítulo *Tópica e civilística* – que a civilística se vale de conceitos que devem ser vislumbrados a partir da aporia fundamental do direito⁵⁸, recorrendo a exemplos que não se podem resolver por meios dedutivos (Viehweg, 2008, p. 101).⁵⁹ Para ilustrar que a Jurisprudência há de ser tida como perene discussão sobre problemas de modo que as soluções resultam de que “*seus conceitos e suas proposições têm de estar ligados de modo especial com o problema*” (Viehweg, 2008, p. 100), ele recorre ao exemplo do conceito de *declaração de vontade*, que somente pode ter verdadeiro sentido a partir da questão da justiça que se coloca caso a caso. Para se proteger a confiança negocial, há casos em que a Jurisprudência faz reconhecimento de tal declaração, admitindo-a, mesmo em ela estando ausente (Viehweg, 2008, pp. 102-103).

No capítulo *Tópica e axiomática*, Theodor Viehweg aponta – evocando Walter Dubislau – que um sistema concreto, tal como o é o sistema jurídico, não consegue eliminar

⁵⁸ A respeito da *aporia fundamental do direito*: “Esta ideia, de uma aporia fundamental, constitui-se na questão do que é justo aqui e agora. Ela informa e domina toda a nossa disciplina. Segundo o autor, ela é iniludível. Sua consequência é que a Jurisprudência, na medida em que possui como problemática fundamental a aporia da justiça, não consegue reduzi-la a um princípio seguro e fecundo, não consegue sistematizar-se. Assim, sua estrutura deve ser a de uma discussão problemática, o que significa dizer de outro modo que ela não pode abrir mão da tópica como técnica de discussão de problemas.” In: ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. 2ª ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 128

⁵⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução de Kelly Susane Aflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008, p. 101. Mais adiante, às págs. 103, Viehweg vai comentar, em relação ao exemplo trabalhado que “a dedução, que, como é natural, é imprescindível em todo pensamento, aqui não desempenha de nenhum modo um papel diretivo, nem pode exercer o que, às vezes, se poderia pretender para ela e o que lhe corresponderia se existisse um sistema perfeito. Decisiva é antes a especial escolha das premissas, que se produz como consequência de um determinado modo de entender o direito, à vista da aporia fundamental. Se fosse dado um sistema dedutivo, no sentido que mais acima temos examinado, pressuposta sua correção, teria que proporcionar, no caso do exemplo, um procedimento que fosse progressivamente dedutivo. Entretanto, à vista do problema, é mister introduzir novos pontos de vista, tão pronto como tal operação se faz necessária diante do problema.”

completamente a tópica. É importante salientar: Viehweg destaca que o operador do direito não pode descurar das regras indicadas, tendo que julgar com apoio nelas. Ele chega a afirmar que a unidade sistemática é antecipada no Direito, mas não se pode precisar até que ponto ela subsiste, por faltarem investigações axiomáticas para tanto (Viehweg, 2008, pp. 86-87). Ele vai afirmar que o Direito não é um sistema no sentido lógico:

Em todo caso, o contexto jurídico total, que efetivamente encontramos não é um sistema em sentido lógico. Trata-se, muito mais, de uma indefinida pluralidade de sistemas, cujo alcance é muito diferenciado, pois às vezes não chega mais além de umas rarefeitas deduções, e cuja relação recíproca não é estritamente controlável (Viehweg, 2008, p. 87).

Ele aponta quatro pontos de irrupção da tópica no Direito. O primeiro ponto se dá pela própria interpretação, uma vez que, conforme ele, o pensamento interpretativo deve fazer percurso no raciocínio da tópica. O segundo está na aplicação do direito, uma vez que um determinado sistema jurídico deixa uma quantidade remanescente de casos que não consegue resolver dentro de si (Viehweg, 2008, p. 88).

O terceiro ponto pelo qual a tópica faz irrupção tem a ver com o uso da linguagem ordinária, natural. Tal linguagem apresenta novos pontos de vista inventivos, com aquilo que Viehweg chama de “*fecundidade dinâmica*” que pode colocar o sistema em perigo. O último ponto se situa fora do sistema jurídico, mas nele repercute: a interpretação do estado de coisas que clama por trato jurídico: cada audiência, cada oitiva de testemunha deve ser vista em perspectiva particular que redireciona o sistema jurídico (Viehweg, 2008, p. 89).

A utilização axiomática de proposições nucleares do Direito (em procedimento dedutivo-sistemático) consegue, no máximo, realizar a *aplicação* do Direito, mas não a *busca* do Direito, expressões que guardam proximidade linguística, mas carregam enorme diferença (Viehweg, 2008, p. 92). Nesse passo, é interessante notar a observação feita por

Recaséns Siches, no sentido de que “*o centro de gravidade da operação interpretativa está radicado no que a tópica chama de invenção*” (Siches, 1963, p. 308).⁶⁰

Viehweg divide a tópica em tópica de primeiro grau e de segundo grau. Aquela é o procedimento em que se tenta solucionar problemas escolhendo-se livremente pontos de vista ocasionais que, conquanto diretivos, não estão explícitos. Esta diz respeito a um repertório já disponível (Viehweg, 2008, p. 37). Ele ainda divide tópicos a serem aplicados a um determinado ramo, ou a serem aplicados universalmente (Viehweg, 2008, p. 38).

2.4 SOBRE A FUNÇÃO DA TÓPICA EM VIEHWEG

Tendo em vista o mencionado acima, isto é, que as formulações dos operadores do direito devem se dar, na concepção de Viehweg, dentro da estrutura tópica, é percuciente salientar que para o autor a função dos *topoi* é a de servir à discussão dos problemas:

No alterar de situações e de casos particulares se deve encontrar, pois, cada vez mais, novas informações para se fazerem tentativas de resolver o problema. Os *topoi*, intervindo em auxílio, recebem em torno de si o próprio sentido do problema. Eles remanescem sempre essenciais pelo fato de que eles recebem uma ordem com relação ao problema. Em realidade, com relação ao problema que eles acompanham, uma compreensão não é imodificável, e na mesma medida nem adequada e conveniente ou inadequada. Eles devem ser entendidos funcionalmente, como possibilidade de orientação e como fios condutores do pensamento (Viehweg, 2008, pp. 39-40).

O domínio dos problemas traz a exigência de que o catálogo dos tópicos seja flexível, podendo ser ampliado ou reduzido, a depender da situação sob análise (Viehweg, 2008, p. 43). Nesse aspecto, acerca da função da tópica, quadra salientar, que os “*topoi são, também, um modo de se trabalhar com os acordos, servindo de pontos de partida em sua construção. Possibilitam, portanto, a continuidade na argumentação*” (Roesler, 2013, p. 143).

⁶⁰ SICHES, Luis Recaséns. La tópica y jurisprudencia de Theodor Viehweg. **Revista de filosofía Dianóia**, v. 9, n. 9, p. 291-311, 1963, p. 308. O trecho é tradução livre de: “*El centro de gravedad de las operaciones interpretativas radica patentemente en lo que la tópica llama ‘invención’.*”

Levando-se em consideração que a função dos *topoi* é a de servir ao trato do problema, viu-se aqui, em breve suma, que o modelo de pensamento desenhado por Viehweg propõe a busca de soluções a partir do problema, justamente no âmbito da estrutura tópica.

E aqui há a confluência da arquitetura posta por Viehweg e a hipótese sustentada neste trabalho: é pelo pensar com o acento no problema (e não no sistema) que se tenta construir uma possibilidade para a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade. Em outras palavras, é a partir da situação colocada no caso sob análise, com suas particularidades.

Acima, se afirmou que para Viehweg o operador do direito não pode eliminar as regras, balizando seu julgamento também por elas. Assim, é de se salientar que os direitos fundamentais hão de funcionar como marco balizador para a construção da solução a ser dada no processo sob análise em que a modulação se faz necessária.

Este tempero ora clamado tem a ver com o que se identificou, na obra à qual se recorreu, como o segundo ponto de irrupção da tópica no sistema jurídico, como casos remanescentes que o sistema não consegue resolver com suas configurações apriorísticas.

A tópica aqui proposta parece se aproximar mais à de primeiro grau, porque está para a solução a partir de pontos diretivos ainda não explícitos.

2.5 DA TÓPICA À RETÓRICA: A IMPORTÂNCIA DE UMA ARTE PARA A AVERIGUAÇÃO DOS FUNDAMENTOS

A retórica, como arte de persuadir por meio do uso de ferramentas linguísticas⁶¹, foi inaugurada pelos sofistas, sendo Górgias um de seus precursores. Platão, apesar de ter ressaltado importância na retórica sofista, não atribuiu a ela uma função específica. Em verdade, quem o fez foi Aristóteles, que a relacionou à dialética. Qualquer outra arte pode persuadir em torno de seus elementos, dentro de uma esfera de competência; todavia, a

⁶¹ Para Hilton Japiassí e Danilo Marcondes, a retórica seria a “[t]écnica argumentativa, baseada não na lógica, nem no conhecimento, mas na habilidade em empregar a linguagem e impressionar favoravelmente os ouvintes.” In: JAPIASSÚ, Hilton; e MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 167.

retórica, não: ela leva em conta meios de persuasão referentes a todos os objetos possíveis (Abbagnano, 2007, p. 857).

A arte dos retóricos estava preocupada com o que era opinável, diversamente do que era apodítico. Também se mencionou, notando-se a diferença da tópica de Aristóteles para a tópica de Cícero, que Cícero estava mais focado em resultados, diversamente de Aristóteles, que estava mais inclinado a tratar dos fundamentos.

Essa correlação entre fundamento e resultado leva à retórica, notadamente à retórica aristotélica, pelo fato de, conforme se verá adiante, o autor estar – no seu trato com a retórica – preocupado com as fundamentações que sustentam determinada opinião.

Evoca-se aqui, vinculando Viehweg e retórica, trecho de ensinamento de Claudia Rosane Roesler:

Sabemos também que Viehweg advoga que as suas considerações sobre a tópica e seu papel na construção de uma teoria da argumentação sejam lidas à luz da retórica, além, é claro, de sua afirmação de que a tópica constitui uma parte essencial da retórica tal como transmitida pela tradição (Roesler, 2013, p. 108).

Em assim sendo, lançando mão das considerações acima tecidas em relação à tópica de Viehweg, tomou-se aqui o caminho do diálogo entre a teoria acima indicada e a retórica aristotélica. Busca-se, desse modo, uma complementariedade entre o ponto de partida do problema em situação, na aporia fundamental do Direito, e a possibilidade de fundamentação que se vê na arte retórica de Aristóteles.⁶²

Faz-se necessário memorar que o autor de *Tópica e jurisprudência*, antes de tratar sobre a tópica aristotélica, situa-a organizacionalmente no campo de formulação de Aristóteles, quando este distingue o que é *apodítico* do que é *dialético*. O que é apodítico tem a ver com o terreno da verdade, explorado pelos filósofos. Já o que é dialético, que está no terreno do opinável, está na atuação dos retóricos (Viehweg, 2008, p. 22). Veja-se que

⁶² Aliás, reforçando a possibilidade – quiçá necessidade – de articulação entre esses dois pontos (tópica e retórica) pode-se trazer que, dentre outras críticas à tópica de Viehweg, Manuel Atienza afirma que “*a tópica por si só não pode dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica*”. ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª. ed. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 55.

Viehweg aponta já a questão situacional da retórica em Aristóteles como algo voltado à construção da opinião, e que vai se encadear com a tópica do estagirita.

Veja-se que a importância da fundamentação é ponto de juridicidade indubitosa, devido à imprescindibilidade da fundamentação das decisões judiciais no Direito brasileiro.⁶³ É na fundamentação de uma decisão judicial (no caso que aqui interessa, a decisão na qual se modulam efeitos de declarações de inconstitucionalidade) que se exprime o debate de ideias que gravitam em torno de determinado problema a ser analisado (e da sua respectiva e almejada solução). A respeito do debate, Viehweg afirma ser “*evidente que o debate é a instância de controle e a discussão dos problemas se mantém dentro daquela esfera do que Aristóteles tem chamado de dialeticidade*” (Viehweg, 2008, p. 44).

Em se realizando a transposição do que Viehweg chama de *debate* para a análise dos pontos por ele levantados, o lugar do debate na análise de decisões de modulação de efeitos de declarações de inconstitucionalidade será, evidentemente, a fundamentação das aludidas decisões.

É interessante trazer, neste ensejo, uma anotação de Viehweg sobre a retórica, como sendo uma trilha comunicacional na qual importam os argumentos expendidos:

O curso destas reflexões é mais ou menos o seguinte: se fundamentar é necessariamente argumentar e contra-argumentar, então, trata-se de uma atividade que somente é possível se estiverem satisfeitos determinados deveres de comunicação. A perspectiva retórica conduz, assim, à questão sobre o comportamento reciprocamente correto dos interlocutores.⁶⁴

Optou-se por se utilizar da retórica aristotélica como parâmetro de fundamentação para verificar a adequação das decisões judiciais que modulam efeitos de declaração de inconstitucionalidade, por se entender, conforme elucidado acima, que é possível a

⁶³ A necessidade da fundamentação das decisões judiciais no Brasil tanto tem menção constitucional, no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, quanto tem reconhecimento doutrinário no sentido de ser manifestação da própria feição do Estado de Direito, conforme anota: NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 325.

⁶⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Traducción, Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 169. O trecho transcrito é tradução livre de: “*El curso de estas reflexiones es aproximadamente el siguiente: si fundamentar es necesariamente argumentar y contraargumentar, entonces es una actividad que sólo es posible si se satisfacen determinados deberes de comunicación. La perspectiva retórica conduce, pues, a la cuestión acerca del comportamiento reciprocamente correcto de los hablantes.*”

articulação entre a tópica de Viehweg e a retórica de Aristóteles, inclusive pelo fato de Aristóteles relacioná-la à dialética, o que ele também indica em sua *Tópica*. Apesar de, conforme se verificou, a tópica de Cícero ter prevalecido (consoante afirmação do próprio Viehweg), a tópica aristotélica também é utilizada pelo autor alemão (sobretudo em termos de fundamentos), e ela se comunica com a retórica. Em sendo assim, parece dentro de propósito a utilização da retórica do mestre estagirita neste particular.

2.6 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A RETÓRICA DE ARISTÓTELES

Ao entabular que o filósofo é amante da verdade e de todo ser verdadeiro, Platão enuncia que não há nada mais inerente à ciência do que a verdade, de modo a não ser possível terem a mesma natureza o filósofo e aquele que ama a falsidade. Em sendo assim, é imprescindível – de acordo com Platão – que “*o verdadeiro amante do saber aspire desde a sua juventude à verdade sobre todas as coisas*” (Platão, 2016, p. 234).

Essa preocupação com a busca pela verdade está sintonizada com o projeto platônico de delinear os traços de um Estado ideal, com base no conceito de justiça.⁶⁵ A retórica, nesse contexto, não teria papel primordial. O que importa, para Platão, é a verdade; ou, em outros termos, a busca pela ontologia.

Aristóteles, por seu turno, conquanto fosse discípulo de Platão, teorizou sobre a retórica, sistematizou-a. A retórica, para ele, não teria função apenas de atingir a persuasão, mas de discernir seus meios em cada caso (Aristóteles, 2011, pp. 43-44). Nesse sentido,

Aristóteles não inova em relação à retórica estratégica, já muito prestigiada antes dele, mas sim ao tentar unir a tradição filosófica de Platão, avessa à retórica, à tradição sofística; a novidade foi um acadêmico de então atribuir alguma dignidade à Retórica, interessar-se por ela não propriamente para vencer debates, mas sim, diríamos hoje, “cientificamente” (Adeodato, 2014, p. 18).

A partir desse vislumbre, não se trata apenas de se afirmar (ontologicamente, diga-se) que um objeto é belo ou feio; bom ou ruim; verdadeiro ou falso; justo ou injusto. Os caminhos que o conhecimento trilha para se chegar a uma ou outra afirmação não podem ser

⁶⁵ No mesmo sentido, afirma-se que Platão “[f]oi o primeiro a definir a noção do bem como aquilo que é ao mesmo tempo louvável, racional, útil, apropriado e conveniente...” In: LAËRTIOS, Diôgenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. Tradução: Mário da Gama. 2ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 103.

deixados para segundo plano. Em suma, o ontológico busca a verdade; o retórico, o argumento.

Daí o porquê de Aristóteles lecionar que o verdadeiro e o justo têm mais valor do que o falso e o injusto (ou seja, seus respectivos antônimos). Daí o motivo pelo qual a retórica é útil segundo o estagirita: “*se os julgamentos não forem proferidos como devem ser, o verdadeiro e o justo estarão necessariamente comprometidos*” (Aristóteles, 2011, p. 42).

Define-se, em Aristóteles, a retórica

como a faculdade de observar, em cada caso, o que este encerra de próprio para criar a persuasão. Nenhuma outra arte possui tal função. Toda outra arte pode instruir e persuadir acerca do assunto que lhe é próprio, por exemplo: a medicina sobre o que é saudável e doentio; a geometria, acerca das propriedades das grandezas; a aritmética, a respeito dos números o mesmo aplicando-se às outras artes e ciências. Quanto à retórica, todavia, vemo-la como o poder, diante de quase qualquer questão que nos é apresentada, de observar e descobrir o que é adequado para persuadir. E esta é a razão por que a retórica não aplica suas regras a nenhum gênero particular e definido (Aristóteles, 2011, pp. 44-45).

Insta salientar que a definição de retórica trazida por Aristóteles elucida muito a respeito do papel para o qual ela é vocacionada: a construção do discurso que há de persuadir o ouvinte sobre determinado ponto⁶⁶. Vem a calhar, neste particular, o cotejo que Aristóteles faz entre a retórica e as outras artes.

Coube a Aristóteles separar, na retórica, a persuasão da erística. Esta se vale de meios reprováveis, como dissimulação, mentira e ameaça; ao passo que aquela carrega uma exigência ética (Adeodato, 2018, pp. 129-139). A “*persuasão é obtida através do próprio discurso quando demonstramos a verdade, ou o que parece ser a verdade, graças à argumentação persuasiva apropriada ao caso em pauta*” (Aristóteles, 2011, p. 46). Nesse sentido, cabe ressaltar:

Em Aristóteles, a via persuasão/convencimento acontece quando o discurso do orador efetivamente convence o auditório, que entende o contexto da mensagem, a estruturação dos argumentos, e sinceramente a aceita, comungando da opinião do autor. Aristóteles exclui assim do campo da retórica estratégias argumentativas que

⁶⁶ Nesse sentido, Schopenhauer, apesar de expressar entendimento segundo o qual Aristóteles não indica de forma tão exata o objetivo da retórica, reconhece que o filósofo grego a indica como finalidade principal da discussão. In: SCHOPENHAUER, Arthur. **38 estratégias para vencer qualquer debate**. A arte de ter razão. Tradução: Camila Werner. Barueri: Faro Editorial, 2014, p. 17.

faziam parte dela na tradição anterior e que compunham, com variações de ênfase, a erística do discurso (Adeodato, 2017, p. 25).

Ou seja, é fundamental não perder de vista que o importante é convencer aquele a quem o discurso se dirige da mensagem a ser enviada.

Precisamente aqui se coalescem as lições aristotélicas (em relação à retórica) e o estudo ora proposto, no sentido de se avaliarem as decisões que modulam efeitos das decisões que declaram inconstitucionalidade de determinado diploma normativo. Assim, o que é mais importante para fins de adequação à retórica é que tal decisão tenha se dado de forma embasada.

2.7 AS DIMENSÕES DA RETÓRICA ARISTOTÉLICA: A PERSUASÃO PELO LOGOS

Impende afirmar-se a importância da retórica, cujo significado nada tem a ver com o uso vulgar que por vezes se faz do vocábulo *retórica* como uma platitude, algo para se fazer um nariz de cera em determinado discurso. Em verdade, o discernimento de Aristóteles é suficiente para afastar tal compreensão – errônea, diga-se – da arte retórica.

Aristóteles, depois de separar os meios de persuasão que dependem da retórica daqueles que dela não dependem, identifica, dentre aqueles, três meios: o que depende do caráter pessoal do orador (que faz a plateia pensar que ele é digno de crédito); o que leva um auditório a determinado estado de espírito (os ouvintes são afetados pelas emoções); e o que depende do próprio discurso “*no que diz respeito ao que demonstra ou parece demonstrar*” (Aristóteles, 2011, p. 45). Essas três dimensões da retórica aristotélica são, respectivamente, o *ethos*, o *pathos*, e o *logos*.

Interessa, para os fins aqui buscados (a adequação da fundamentação das decisões judiciais), a consideração da dimensão do logos aristotélico, uma vez que tal dimensão, conforme já mencionado, considera que a persuasão vem do próprio discurso, quando é demonstrada a verdade, com fundamento na argumentação levada a efeito.

Portanto, convém advertir que o fato de a retórica não perseguir a ontológica verdade do objeto não significa que ela autorize a construção de uma realidade subjetiva, razão pela qual já se asseverou que “*não se pode dizer que a retórica realista defenda uma*

arbitrariedade da linguagem ou, no debate jurídico, qualquer forma de ‘decisionismo’” (Adeodato, 2017, p. 22).⁶⁷

A persuasão é obtida por meio de exemplos ou entimemas⁶⁸ (Aristóteles chama os silogismos retóricos de entimemas). Atentando para a sustentabilidade de um discurso, Aristóteles coteja dois cenários. Num, constroem-se silogismos e se tiram conclusões a partir de resultados de silogismos anteriores. Nesse caso, o raciocínio é de difícil compreensão, devido à sua prolixidade. No outro cenário, tiram-se conclusões por premissas que não foram demonstradas e que não são de aceitação corrente. Tais argumentos não serão persuasivos, pois suas premissas não os embasam (Aristóteles, 2011, p. 48). Daí a razão pela qual, conforme Aristóteles, recorre-se ao entimema e ao exemplo⁶⁹, estes, sim, mecanismos eficientes.⁷⁰

A utilização dessas ferramentas constantes no bojo da retórica é possível para avaliar a fundamentação de decisões judiciais justamente porque a retórica é persuasão, por meio do uso de ferramentas linguísticas, que se ocupa do que é opinável. Como ela não está ocupada do que consta do campo do apodítico, tanto uma decisão de procedência de

⁶⁷ ADEODATO, João Maurício. Retórica realista e decisão jurídica. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vol. 18. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, pp. 15-41, 2017, p. 22. Mais adiante, às mesmas páginas, o citado autor leciona que “a retórica realista recusa as ontologias de objetos evidentes, mas tampouco reduz o objeto ao sujeito, como os filósofos subjetivistas; ela faz ambos produto da linguagem, que o sujeito não domina, pois até mesmo o pensamento de cada indivíduo é constituído no controle público da linguagem.”

⁶⁸ “Os entimemas são silogismos retóricos por serem formal ou logicamente imperfeitos, suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas, ao contrário dos silogismos apodíticos; mas são pragmaticamente úteis se o objetivo é persuadir, se as exigências de rígida coerência lógica, quando esta não é possível ou mesmo estrategicamente desejável. A principal tarefa da retórica é investigá-los. Assim, muitas das questões éticas e políticas fazem parte da retórica.” In: ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 359.

⁶⁹ Para Aristóteles: “O entimema tem que consistir de poucas proposições, em menor quantidade frequentemente do que as que constituem um silogismo completo; com efeito, se uma dessas proposições for conhecida, não haverá necessidade sequer de enunciá-la, o próprio ouvinte acrescentando-a.” In: ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011, pp. 48-49.

⁷⁰ Eis os meios de demonstração, para Aristóteles, na retórica: “Na retórica, os meios de demonstração real ou demonstração aparente são, tal como na dialética, a indução, o silogismo e o silogismo aparente. O exemplo é uma indução, o entimema é um silogismo e o entimema aparente é um silogismo aparente, na medida em que chamo um silogismo retórico de entimema, e uma indução retórica de exemplo. Todos os que produzem persuasão através de demonstração empregam realmente entimemas ou exemplos, não havendo outro meio além destes.” In: ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011, pp. 46-47.

pedidos veiculados numa lide quanto uma decisão de improcedência de um pedido idêntico podem ser – igualmente – analisadas sob o crivo da retórica, não importando o resultado (procedência ou improcedência) ao qual se chega, bastando que seja adequadamente fundamentada.

Caso uma decisão judicial seja livre de arbitrariedades da linguagem; realce as premissas respeitadas para uma conclusão; e ilustre o porquê de se chegar àquela conclusão, se pode considerá-la adequadamente fundamentada, não importando qual valor lógico ela afirme (procedente ou improcedente, que são valores lógicos antônimos). Por tal razão se vale da retórica para avaliar a fundamentação das decisões que modulam efeitos, para conferir se os caminhos foram corretamente percorridos.

A verificação cujo relato será feito doravante demonstra que, por muitas vezes, não se logra externar adequadamente as razões pelas quais as modulações de efeitos das declarações de inconstitucionalidade são levadas a execução.

2.8 AVALIAÇÃO DE JULGADO ORIUNDO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO COM UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS DE TÓPICA E DE RETÓRICA APONTADOS

Considerando-se que o caso com o qual se depara é que dá os parâmetros para a verificação de possibilidade de modulação de efeitos em sede de declaração de inconstitucionalidade, conforme o fio com o qual se vem trabalhando, busca-se aqui o encontro da elaboração proposta por Theodor Viehweg com o fenômeno investigado nesta tese.

Tentando pensar com acento no problema – conforme inspiração de Viehweg – será feita uma avaliação sobre a possibilidade de se promover a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, a partir de um caso efetivamente ocorrido (e no qual houve modulação de efeitos na decisão que declarou a inconstitucionalidade de uma lei), com as correspondentes nuances que tal caso trouxe à baila.

A opção pela avaliação a partir do caso ora estudado se deu, principalmente, pelo fato de a modulação que será vista doravante não ter acontecido em função de segurança jurídica, como geralmente ocorre em casos de modulação. Muitas das vezes (para não se dizer a

maioria), tal instituto – qual seja, o da segurança jurídica – é o arrimo em que se sustenta a modulação. Mas, aqui, não foi o caso. A propósito, as razões que levaram à Corte Judicial da qual se originou o julgado tomado como marco exemplificativo passam ao largo da segurança jurídica. Um exemplo com tal característica é importante porque ajuda a abrir horizontes para uma melhor compreensão do instituto da modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade. Ademais, o exemplo ora visitado também se afigura interessante por ser de fora do espaço amostral avaliado (decisões do Supremo).

Tendo em vista que se afirmou – no item 2.3, desta tese – que o intérprete do direito não pode abrir mão das regras, devendo pautar seu julgamento também por elas, é mister ressaltar que os direitos fundamentais devem operar como ponto de parâmetro para a feitura da solução a ser dada caso a caso, e, se adequado, viabilizando a modulação.

Conforme mencionado, há um caso que é interessante para ilustrar a hipótese ora ventilada, cujo trâmite não se deu no Supremo Tribunal Federal (espaço amostral da pesquisa realizada para os fins deste trabalho); todavia, os elementos em jogo que levaram à modulação em tal caso funcionam como uma interessante alegoria do ponto sob estudo.

O exemplo colhido origina-se de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 8000102-81.2016) havida no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.⁷¹ A referida demanda fora proposta pelo Ministério Público daquele Estado, atacando a Lei Complementar municipal nº 2.235/2008 e o Decreto nº 3.360/2012. Esses aludidos diplomas normativos eram do Município de Orleans, e viabilizavam – indevidamente, diga-se – o provimento de cargos públicos em comissão fora dos casos constitucionalmente autorizados para tanto. Eis o ponto jurígeno determinante para o reconhecimento da inconstitucionalidade dos estatutos mencionados.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, então, julgou procedentes os pedidos veiculados na mencionada ação direta e declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais e regulamentares das espécies normativas inquinadas.

⁷¹ TJSC; **ADI 8000102-81.2016.8.24.0000**; Orleans; Órgão Especial; Rel^a Des^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta; DJSC 18/08/2020; Pag. 2.

Logo, a óbvia consequência – efeito reflexo do julgamento proferido por aquela Corte Estadual – seria a necessidade de realização de concurso público para a resolução da nódoa acarretada pelos textos normativos cuja inconstitucionalidade fora declarada. E o problema exsurge na operacionalização da diligência que deveria ser levada a efeito como resultado do julgamento proferido.

Deflui daqui um importante marco que faz a diferença para a análise ora empregada: a sessão na qual o vício de inconstitucionalidade foi reconhecido se deu em 05 de fevereiro de 2020. Neste aspecto, não custa memorar que foi no final do ano de 2019 que veio a notícia internacional do primeiro caso de uma doença que se alastraria a ponto de se tornar um problema brasileiro e mundial: a COVID-19. Alguns meses depois, justamente em fevereiro de 2020 (frise-se: mês no qual ocorrera o julgamento indicado), confirmou-se o primeiro caso da doença causada pelo coronavírus no Brasil. Já nos idos de março, o Ministério da Saúde foi notificado da primeira morte pela doença em terras brasileiras. Em suma: iniciava-se a travessia – à época do dito julgamento – da penosa pandemia que acarretaria uma série indistinta de restrições vividas pela população em geral. O julgamento no qual ocorreu a modulação dos efeitos da aludida declaração de inconstitucionalidade se deu em 05 de agosto de 2020.

Dadas as dramáticas circunstâncias ocorridas no mundo que – pode-se afirmar – são de sapiência generalizada, o Município de Orleans (ente do qual emanou o ato impugnado por inconstitucionalidade) aduziu uma questão de ordem no bojo daquela demanda. Tal questão de ordem se deu depois de já realizado o julgamento. O Município fez requerer a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade da Lei Complementar e Decreto atacados cujos vícios foram postulados.⁷²

O enredo acima retratado se faz assaz interessante para a avaliação do que se propõe no presente trabalho, sobretudo pelo fato de, na própria ementa do acórdão que veiculou a

⁷² Não é demais memorar que o próprio julgado (antes da questão de ordem sob exame) que fez declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar municipal nº 2.235/2008 e do Decreto nº 3.360/2012 já havia promovido a modulação dos efeitos da aludida declaração. Não se entrará, aqui, no exame dessa modulação, proferida por ocasião da declaração de inconstitucionalidade indicada. Interessa aos fins aqui plasmados a verificação da modulação em decorrência da pandemia, pois funciona como mais interessante suporte para avaliação do caso posto.

modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ter-se mencionado a “*excepcionalidade do caso concreto diante da pandemia do coronavírus*”.

Ainda cabe informar que no acórdão trazido também há indicação de questão de ordem orçamentária que justificaria a modulação. Mas não se vai abordar tal ponto. Aqui será mantida atenção à impossibilidade de preenchimento de cargos em função da pandemia, por ensejar um espectro mais interessante de avaliação. Ademais, a questão orçamentária sempre pode abrir argumentações duvidosas, o que não interessaria aos fins ora plasmados.

2.8.1 Breve esboço do plano de análise do julgado selecionado

Para a avaliação do caso que se está a mirar nesta oportunidade, devem ser considerados dois pontos: um, o contato com o problema (pois é a partir do problema que se persegue a solução, conforme se tratou no item 2.1 desta tese); dois, a construção da fundamentação (na conformidade do que se escreveu a partir do item 2.5).

Em relação à utilização da tópica, não é demais memorar o que se tratou neste trabalho, sobre seu papel de flexibilizar a interpretação jurídica, tomando a indagação do que seria justo dentro da situação analisada, tecendo-se uma atuação inventiva.

Essa atuação se dá com elementos advindos do exame mais aprofundado do caso colocado à análise, tendo-se o problema como ponto de partida.

Lembra-se, também, que, conquanto o problema seja o ponto de partida (e não o sistema), o pensamento dogmático se faz necessário e o operador do Direito não pode abrir mão das regras, sendo mister julgar com apoio nelas.

Considerando-se que a função dos *topoi* é a de servir à discussão dos problemas, os direitos constitucionalmente previstos ocupam o lugar desses mencionados *tópicos*.

Não é demais ressaltar que, no caso sob exame, há uma lei que fora declarada inconstitucional pela Corte Estadual da qual emanou o julgado sob crivo. A declaração da referida inconstitucionalidade – na vertente olhada – tinha como ato reflexo a realização de concurso público para o escoamento preenchimento das vagas de cargos públicos.

Todavia, a realização de certame público não era factível, justamente em função da pandemia, que impôs inviabilidade de realização de atividades presenciais; em outras palavras, havia dificuldade – quiçá impossibilidade – logística de operacionalização da diligência demandada pela declaração de inconstitucionalidade. Tanto é assim que, no acórdão lavrado por ocasião da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, registrou-se que “[p]roibidas as aulas presenciais em todos os níveis, pois vedada a aglomeração de pessoas em locais fechados, por analogia, não se afigura prudente impor a realização de provas de concurso público”.

Nesse aspecto, deve ser vista a previsão dos cargos, sobretudo em relação à descrição dos cargos cuja previsão legal fora atacada na ação sob análise. O corpo normativo impugnado tinha previsões de cargos diversos; logo, à vista do caso em tela, sob as específicas coordenadas do problema (volvendo-se a Viehweg), deve-se tentar achar a aporia do caso em tela, intentando o empreendimento de identificar os valores constitucionais que concitam a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade estudada.

Essa etapa acima é importante porque parte-se do princípio segundo o qual a realização de concurso público se mostra inviável. Porém, isso não quer significar que basta a impossibilidade de realização de provas para que se respeitem as previsões constitucionais, e que todos os cargos tenham que ser mantidos. O mais adequado, pensa-se, seria tentar verificar minimamente – tanto do ponto de vista quantitativo quanto do ponto de vista qualitativo – quais direitos constitucionalmente situados seriam contemplados com a manutenção de tais cargos (ou seja, com a modulação dos efeitos da respectiva declaração de inconstitucionalidade).

Repita-se: tudo isso somente é possível a partir do vislumbre do problema, aproximando-se dele.

Num primeiro momento, far-se-á uma avaliação à luz da tópica a respeito dos direitos colocados em jogo. Posteriormente, será vista a fundamentação do julgado sob estudo.

2.8.2 Avaliação de alguns dos cargos previstos nos diplomas normativos declarados inconstitucionais

Impende ressaltar que os cargos previstos pelos diplomas declarados inconstitucionais totalizavam 138 (cento e trinta e oito) vagas em 26 (vinte e seis) tipos diferentes de cargos. E eles eram dos mais variados. Apenas exemplificativamente, tomar-se-ão, aqui, 5 (cinco) tipos de cargos diferentes para se proceder a uma breve avaliação: coordenador geral de saúde da família, cargo para o qual havia previsão de 1 (uma) vaga; diretor de estabelecimento escolar, com previsão de 12 (doze) vagas para o respectivo cargo; assistente especial de esportes, cargo com previsão de 1 (uma) vaga; coordenador especial de obras públicas, cargo para o qual havia 1 (uma) vaga prevista; e gerente de departamento, cuja previsão era de 35 (trinta e cinco) vagas.

Apanharam-se aqui informações no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir de consulta do sistema de acompanhamento de tramitação processual. Em tal sistema, buscou-se acesso aos documentos constantes dos respectivos autos da ação declaratória sob estudo⁷³.

2.8.2.1 Avaliação a respeito do cargo de coordenador geral da saúde da família

Veja-se, inicialmente, a previsão de vaga de coordenador geral de saúde da família. Qual o papel desse referido cargo? De maneira geral, é de se supor que, num contexto pandêmico, a previsão dessa função toma uma considerável importância para a realização de direitos constitucionalmente previstos (salta aos olhos, aqui, o direito à saúde).

Não é absurdo supor-se que, em se deixando vago tal cargo, é possível que alguém que ocupasse função na saúde pública (nesse caso, tomada pelo combate à pandemia) fosse exercer o ofício cujo cargo se baseava numa lei inconstitucional; ou que essa função de cuidado da saúde da família ficasse descoberta (afinal, a pandemia “sugou” as forças do sistema de saúde).

⁷³ Os documentos utilizados podem ser acessados no seguinte endereço eletrônico: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&num_processo=80001028120168240000&eventos=true&num_chave=&num_chave_documento=&hash=dfc557ec9f04520e6e8127c14ed90dee, acesso em 26/12/2022.

Em sendo assim, não é desarrazoado tecer o raciocínio segundo o qual a previsão desse cargo (coordenador geral de saúde da família) primava pelo direito à saúde, tendo em vista que não seria possível a realização de certame público para o regular preenchimento das vagas no serviço público.

2.8.2.2 Avaliação a respeito do cargo de diretor de estabelecimento escolar

Já para o cargo de diretor de estabelecimento escolar, conforme indicado acima, havia a previsão de 12 (doze) vagas.

Aqui seria, ao que parece, fundamental perquirir qual seria o papel daqueles que exercessem a mencionada função. Ora, durante as restrições de circulação impostas pela pandemia, o funcionamento presencial dos estabelecimentos escolares foi esvaziado (o que, aliás, será retratado no acórdão, conforme se verá adiante). Diante deste contexto, seria – pelo menos numa primeira análise – incompatível a manutenção desse quantitativo de cargos (afinal, escolas deixaram de funcionar).

Todavia, não é demais considerar-se que, dentre as reconfigurações da realidade impostas pela pandemia, a oferta da educação foi uma delas (exemplificativamente, por meio de atividades remotas) de modo que, de forma mais cauta, pode-se sustentar a possibilidade de tais cargos serem absolutamente necessários porque, com uma nova modelagem da atividade educacional, esse quantitativo seria necessário para a consecução do direito à educação.

O ideal, aqui, seria a requisição de informações ao Município sobre como estava a consecução das atividades educacionais, de modo a se avaliar a necessidade do preenchimento de tais cargos (e em qual quantidade).

2.8.2.3 Avaliação a respeito do cargo de assistente especial de esportes

A previsão para o cargo titulado, qual seja, de assistente especial de esportes, era de 1 (uma) vaga, no diploma normativo impugnado.

Não se pode esquecer a previsão constitucional segundo a qual o Estado tem dever de fomentar práticas esportivas. Isso é um dado. Há algo de estatura constitucional a cravar

um dever estatal, além do que se pode conectar a prática de atividade esportiva ao auxílio da viabilização do direito à saúde.

Contudo, quando se vê a descrição das atividades do mencionado cargo (que consta no documento colhido no endereço eletrônico do Tribunal pesquisado), estas não parecem ser compatíveis, pois, levando-se em consideração, mais uma vez, as restrições de interação social impingidas pela pandemia, não se afigura factível, pelo menos numa primeira análise, a concretização das incumbências desse cargo:

Auxilia no desenvolvimento, com crianças, jovens e adultos; Auxilia nos ensinamentos de técnicas desportivas e na realização de treinamentos especializados com atletas de diferentes esportes; Auxilia na instrução dos princípios e regras inerentes a cada esporte; Auxilia no preparo físico dos atletas; Acompanha e auxilia no supervisionamento das práticas desportivas; Auxilia na elaboração de informes técnicos da área de atividades físicas e do desporto.

A exemplo do mencionado no tópico acima, deveria haver mais informações nos autos judiciais para que fosse avaliada a necessidade do cargo titulado. Pelo menos em primeira análise, não parece necessária a ocupação de tal função.

2.8.2.4 Avaliação a respeito do cargo de coordenador especial de obras públicas

Conforme mencionado acima, havia previsão de 1 (uma) vaga para coordenador especial de obras públicas. Há de se indagar, aí, se estava havendo obras públicas no período. Não se pode olvidar de que as restrições impostas pela pandemia impactavam na realização de tal tipo de atividade (como em várias outras).

Em sendo assim, era o caso de se questionar se a previsão de tal cargo era necessária àquele tempo. E também se seria possível o exercício de alguma atividade do escopo desse mesmo cargo. Aqui, o que parece incidir de influxo constitucional a favor da manutenção desse cargo seria o princípio da continuidade dos serviços públicos. Mas também não se mostra muito forte o elo entre este princípio e a manutenção do cargo em tela, sobretudo pela descrição do aludido cargo parecer demandar a realização de atividades presenciais.⁷⁴

⁷⁴ Nesse aspecto, vide a descrição de atividades para o referido cargo: “Acompanhar, planejar e coordenar a execução das obras públicas, obras de engenharia de interesse da administração municipal, em conjunto com o Departamento de Planejamento e Secretaria de Infraestrutura do Município; Analisar, através do

2.8.2.5 Avaliação a respeito do cargo de gerente de departamento

Quis-se averiguar o cargo de gerente de departamento porque esse era aquele com maior quantitativo de vagas: 35 (trinta e cinco).

Também aqui teria lugar uma avaliação sobre as atividades desempenhadas pelos respectivos ocupantes. Da descrição de atividades desse cargo, consta:

Gerenciam atividades de departamentos ou serviços de pessoal, recrutamento e seleção, cargos e salários, benefícios, treinamento e desenvolvimento, liderando e facilitando o desenvolvimento do trabalho das equipes. Assessoram diretoria e setores da empresa em atividades como planejamento, contratações, negociações de relações humanas e do trabalho. Atuam em eventos corporativos e da comunidade, representando a empresa.⁷⁵

A partir dessa descrição, abrem-se frinchas para que se indaguem quais as necessidades de um quantitativo tão grande de um determinado cargo. O último item do campo de descrição de atividade, que seria atuar em eventos da comunidade, parece se quedar prejudicado, num contexto pandêmico, época em que eventos ficaram rareados. Ou seja, haveria necessidade de tantas pessoas? Somente se pode chegar a tal resposta a partir de uma análise rente ao problema posto, com o maior número de informações possível. Não há, pelo menos do que consta, tais elementos informativos. Não são vistas menções a tais elementos nos documentos acessados para os fins da presente avaliação.

2.8.3 Comentário geral a respeito dos cargos avaliados exemplificativamente

A partir dos exemplos pinçados acima, parece haver razoabilidade em se afirmar (ao menos por inferência⁷⁶) que a manutenção do cargo de coordenador geral de saúde da

relatório de estimativa de funcionamento da entidade concedente, a viabilidade dos convênios; Monitorar in loco a execução dos convênios e aplicação dos recursos municipais, estaduais e federais, concedidos às entidades e demais órgãos municipais; Verificar as prestações de contas de acordo com os seus respectivos planos de trabalho, de acordo com a legislação vigente; Expedir relatório dos resultados atingidos, com a demonstração do "Impacto Social"; Supervisionar a elaboração do diário de obras, verificando "in loco", a execução das obras públicas e a competente anotação no respectivo diário; Elaborar laudos, emitir pareceres e planos de trabalho necessários para atendimento das exigências próprias da Defesa Civil, em casos de estado de emergência e/ou calamidade pública."

⁷⁵ Curiosamente, na descrição consta que os ocupantes desse cargo atuam em eventos representando "a empresa", em vez de mencionar que representam o Município do qual emana o ato normativo sob estudo.

⁷⁶ Cumpre ressaltar que o que se tem à mão é a descrição dos cargos constantes do ato normativo declarado inconstitucional, sendo este o limite de alcance da avaliação ora empregada.

família primava pelo direito à saúde; a manutenção do cargo de diretor de estabelecimento escolar parece cuidar do direito à educação (restando dúvida sobre a necessidade de manutenção do quantitativo constante da lei cuja inconstitucionalidade fora declarada); a manutenção do cargo de assistente especial de esportes não pareceu zelar (pelo menos na rápida análise realizada) efetivamente pelo direito ao desporto; do mesmo modo, não se encontra, de plano, uma justificativa para a manutenção do coordenador especial de obras públicas, pois não pareceu zelar por nenhum influxo constitucional; e o mesmo raciocínio vale para o cargo de gerente de departamento (mormente levando-se em consideração a circunstância de este ter um grande quantitativo de vagas).

O que se fez aqui foi analisar a necessidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da estrutura dos tópicos. O que serve de tópico é o postulado constitucionalmente situado (saúde, educação, continuidade de serviços públicos...). A partir deste marco, é que se constata haver ou não necessidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A partir do momento em que esses pontos – de nível constitucional – podem ser maculados pela declaração de inconstitucionalidade, é possível que mister se faça a modulação de efeitos.

Frise-se: somente é possível atender às indagações levantadas se houver um olhar atento às minudências e matizes do processo analisado; este é o revelador do problema. Nesse sentido é que, mais uma vez, evoca-se Viehweg:

Justificado que a Jurisprudência tem de ser concebida como uma permanente discussão de problemas e que, portanto, sua estrutura geral tem de ser determinada a partir do problema, buscando pontos de vista para sua solução, resulta que seus conceitos e suas proposições têm de estar ligados de modo especial com o problema. Isso é relativamente fácil de compreender pelo que se refere às proposições de conteúdo jurídico. De outro lado, que os conceitos singulares, que recebem aplicação têm também que ser entendidos exatamente do mesmo modo é algo que não é facilmente perceptível, sobretudo, quando aqueles conceitos, em seu aspecto exterior, recordam as já conhecidas definições em série. Em nossa disciplina, não obstante, só podem ser entendidos em relação com a aporia fundamental e têm de ser analisados conforme ela (Viehweg, 2008, p. 100).

Destarte, entende-se aqui que é possível a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade desde que a operação *ex tunc* dos efeitos de tal declaração possa macular determinado postulado de nível constitucional.

O julgado referenciado modulou os efeitos da declaração proferida de maneira geral. Não houve um exame esquadrinhado de cada cargo previsto no texto normativo inquinado. Apenas houve utilização do mecanismo da modulação em função de impossibilidade logística de realização de concurso público.

Passa-se, doravante, à avaliação da fundamentação expendida no acórdão prolatado no caso em apreço.

2.8.4 Avaliação da fundamentação constante do acórdão objeto desta análise

Para fins de avaliação da fundamentação colocada no acórdão sob estudo, transcreve-se trecho da fundamentação para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em baila⁷⁷:

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em abril do corrente, recomendação aos tribunais para suspensão do prazo de validade dos concursos públicos realizados pelos órgãos do Poder Judiciário (Recomendação 64/2020).

Como registra o sítio eletrônico do CNJ, a "medida visa evitar prejuízos ao Judiciário e aos participantes dos certames diante da impossibilidade de se dar prosseguimento às fases de seleção e nomeação dos aprovados considerando a situação atual de calamidade pública e os riscos sanitários" (cf. <https://www.cnj.jus.br/cnj-orienta-tribunais-a-suspender-prazo-de-concursos-durante-pandemia/>, sem destaque no original).

Nesse sentido, para além da restrição orçamentária, entendo também que não se poderia exigir do Município a promoção de concurso público na vigência do Decreto 562, de abril de 2020, editado pelo Governador do Estado no contexto do combate à pandemia e que declara estado de calamidade pública em todo o território catarinense, com o estabelecimento de várias medidas sanitárias, entre elas a quarentena, o isolamento/distanciamento social, a proibição do desempenho de várias atividades etc.

Veja-se que, dentre as atividades proibidas, figuram as "aulas presenciais nas unidades das redes pública e privada de ensino, municipal, estadual e federal, relacionadas à educação infantil, ensino fundamental, nível médio, educação de jovens e adultos

⁷⁷ A fundamentação para a modulação tem, antes do trecho transcrito, dois parágrafos que abordam perfunctoriamente a questão orçamentária que, segundo a Corte, também seria causa de modulação, conforme indicado em trecho um pouco antes do início do tópico 2.8.1 acima: “A questão orçamentária arguida pelo senhor Prefeito municipal é relevante, e, a meu ver, autoriza, por si só, a concessão de novo prazo, já que o provimento dos cargos efetivos demanda não apenas os recursos para a respectiva manutenção, como também o dispêndio (financeiros e de recursos humanos) com a realização do próprio concurso, presumivelmente drenados pelo enfrentamento municipal da pandemia. Aliás, a contenção orçamentária serviu de (legítima) justificativa para a suspensão do concurso que esta Corte lançou para o provimento do cargo de servidores efetivos do Poder Judiciário, quadro que serve de apoio a que medida semelhante seja permitida neste caso.” O trecho que vai transcrito no corpo principal do texto é continuidade do que consta desta nota de rodapé.

(EJÁ) e ensino técnico, sem prejuízo do cumprimento do calendário letivo, o qual deverá ser objeto de reposição oportunamente" (art. 8º, II).

Proibidas as aulas presenciais em todos os níveis, pois vedada a aglomeração de pessoas em locais fechados, por analogia, não se afigura prudente impor a realização de provas de concurso público, a qual, em paralelismo com as atividades de ensino, pressupõe o confinamento dos candidatos em sala de aula por expressivo período de tempo.

Cuida-se de medida que vai de encontro a esforço que o Estado de Santa Catarina empreende para evitar a possível contaminação ou a propagação do novo coronavírus.

A medida mais se justifica em razão do avanço da pandemia no país, sobretudo em Santa Catarina, com notícia do aumento de mais de 100 por cento do número de mortes no Estado (globo.com, acesso em 27/07/2020), seguida do recrudescimento das medidas de isolamento e de restrição de atividades, inclusive com o cerceio (justificado) do direito de ir, vir e permanecer até mesmo em locais abertos, como praças, parques e equipamentos públicos em geral.

Finalmente, sem esquecer o estado de inconstitucionalidade que vige na municipalidade no tocante aos cargos de que trata a ADI julgada por esta Corte, ponderando os princípios em jogo neste caso, sobretudo à luz da excepcionalidade proporcionada pela pandemia, não vislumbro prejuízo insuperável na concessão de novo prazo para que a municipalidade se adeque à Constituição, considerando que a legislação combatida ficou em vigor por mais de 8 anos até que fosse alvo de ação direta de inconstitucionalidade distribuída sem pedido de concessão de medida cautelar.

Da leitura do trecho transcrito, constata-se que não houve o exame da questão posta assim como proposto neste trabalho no item 2.8.2, supra. Em sendo assim, não se considera adequada – para os parâmetros ora adotados – a consideração dos direitos implicados na demanda ora avaliada.

Não obstante, cabe realizar-se uma avaliação à luz da retórica, independente de o ponto de partida do acórdão analisado distar do ponto de partida adotado na hipótese ora sustentada (afinal, como se escreveu acima, a retórica é arte de persuadir por meio do uso de ferramentas linguísticas que se ocupa do que é opinável, e não do que é apodítico).

Levando-se em consideração que a retórica busca – na dimensão do *logos* – elementos para o interlocutor convencer os ouvintes de sua interlocução, passando o contexto da mensagem, com os argumentos devidamente estruturados, há de se verificar, no trecho acima transcrito, se tais pontos foram atendidos.

O que a fundamentação acima transcrita traz é relevante, considerando-se que o provimento das vagas objeto da demanda deve se dar mediante concurso público; assim,

resta demonstrada a impossibilidade de realização de tal providência, indicando as questões sanitárias impostas pela pandemia do coronavírus.

Ademais, a fundamentação da qual se trata ainda traça um paralelo entre a inviabilidade de realização de provas públicas e a inviabilidade de realização de atividade escolar (num interessante jogo entimemático com evocação analógica).

Cabe, ainda, um comentário sobre os meios de persuasão trazidos pela retórica: não se deve desconsiderar um teor de *pathos* que eventualmente possa existir. Uma vez que a pandemia mexeu de maneira profunda com as pessoas, é possível que tal fundamentação deflagrasse algum tipo de sentimento nos interlocutores a quem se dirigia a fundamentação.

3 AVALIAÇÃO SOBRE AS FUNDAMENTAÇÕES REALIZADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS MODULAÇÕES DE EFEITOS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

O presente capítulo cuida de analisar decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais se modulam efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

Conforme visto no item anterior, a utilização da tópica na presente tese se sustenta porque a tópica viabiliza a flexibilização da interpretação jurídica, a partir do momento em que leva em conta outros aspectos que não apenas os normativos. Viehweg adota a aporia fundamental do direito, indagando o que é justo aqui e agora.

Desse modo, é interessante memorar que Viehweg traz elementos para um exame mais substancial em favor do operador do Direito, de modo a construir um modelo inventivo, com as análises partindo do problema, e não do sistema. Recorre-se, aí, à tópica, que tem por função a discussão dos problemas.

O ponto de toque entre a proposta viehwegiana e a presente tese é justamente a possibilidade de pensamento com o acento no problema (e não no sistema), almejando-se construir uma proposta para a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade. Isso ocorre a partir da situação colocada na especificidade do processo sob análise, com suas particularidades.

Mas – conforme advertido no capítulo anterior – incumbe salientar que, apesar de o ponto de partida das formulações tópicas ser o problema, não é correto afirmar que Viehweg refuta qualquer sistema. Para ele, o sistema não deve ser descartado.

Viehweg destaca que o operador do direito não pode abandonar as regras indicadas, de modo que é mister julgar com apoio nelas. Ele chega a afirmar que a unidade sistemática é antecipada no Direito, mas não se pode precisar até que ponto ela subsiste, por faltarem investigações axiomáticas para tanto. Aqui se aponta que os direitos fundamentais hão de funcionar como marco balizador para a construção da solução a ser dada no caso em que a modulação se faz necessária.

Também no capítulo anterior se indicou um diálogo entre a tópica de Viehweg e a retórica de Aristóteles. Tenta-se fazer uma complementariedade entre a especificidade do processo sob análise como ponto de partida e a fundamentação que se observa na retórica aristotélica, para a averiguação dos fundamentos lançados nas decisões que operam as modulações dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

É na fundamentação de uma decisão judicial (no caso que aqui interessa, a decisão na qual se modulam efeitos de declarações de inconstitucionalidade) que se demonstra – ou se deve demonstrar – o debate de ideias sobre determinado problema e se busca uma solução. Recorre-se à retórica porque o retórico busca o argumento.

Também cabe lembrar que Aristóteles, na retórica, afasta a erística, pois esta se utiliza de meios reprováveis como dissimulação, mentira e ameaça. A busca de Aristóteles é pela persuasão (que pode ser obtida por meios de exemplos, ou entimemas), que carrega uma exigência ética, não permitindo uma arbitrariedade da linguagem.

Aristóteles, reforça-se, também identifica três meios de persuasão. O primeiro é o *ethos*, que depende do caráter pessoal do orador, que faz a plateia pensar que ele é digno de crédito. O segundo é o *pathos*, que leva um auditório a determinado estado de espírito, fazendo com que os ouvintes sejam afetados pelas emoções. Por fim, há o *logos*, que depende do próprio discurso, que tem a ver com o ponto que o próprio discurso logra demonstrar.

Considerando que a função dos *topoi* é a de servir ao trato do problema, viu-se aqui, em breve suma, que o modelo de pensamento desenhado por Viehweg propõe a busca de soluções a partir do problema, justamente no âmbito da estrutura tópica.

Tendo em vista o afirmado no item 2.3 desta tese: o intérprete do direito não pode abrir mão das regras, devendo pautar seu julgamento também por elas, é mister ressaltar que os direitos fundamentais devem operar como marco para a solução a ser dada no processo sob avaliação, e, em sendo o caso, viabilizar a modulação. Esta, por sua vez, deve servir à proteção de determinado direito fundamental posto em jogo nas declarações de inconstitucionalidade.

E, rememorando o que se tratou no primeiro capítulo, cabe ao Supremo Tribunal Federal explicitar os motivos pelos quais as decisões são tomadas, seja pela previsão entabulada no artigo 93, IX, da Constituição Federal, seja pelo compromisso democrático que a Corte Suprema deve reforçar a cada julgado. As decisões proferidas pela Suprema Corte em processos de controle de constitucionalidade, dado seu viés político, devem se ocupar de externar de maneira satisfatória as razões pelas quais se decide desta ou daquela maneira. E as decisões que modulam efeitos em declarações de inconstitucionalidade hão de cumprir esse percurso com mais profundidade, porque, ao fim, elas acabarão por aceitar aquilo que, inicialmente, macularia a Constituição Federal.

O que se fez aqui foi analisar a necessidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da estrutura dos tópicos. O que serve de tópico é o postulado constitucionalmente situado (saúde, educação, continuidade de serviços públicos...). A partir deste marco é que se constata haver ou não necessidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A partir do momento em que esses pontos – de nível constitucional – podem ser maculados pela declaração de inconstitucionalidade, é possível que necessariamente se faça a modulação de efeitos.

3.1 EXPLICAÇÃO PRÉVIA A RESPEITO DO LEVANTAMENTO REALIZADO

No próximo item, far-se-á uma breve descrição a respeito dos acórdãos avaliados em ações diretas nas quais houve modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

Tais julgados já foram previamente selecionados quando o autor da presente tese estava a trabalhar em sua dissertação de mestrado⁷⁸.

A bem da metodologia, transcreve-se trecho daquele trabalho para que seja explicado como se procedeu ao levantamento que resultou no material a ser avaliado em relação ao conteúdo para a confecção desta tese. Eis o trecho da explicação da coleta realizada quando da feitura da mencionada dissertação:

⁷⁸ Naquele trabalho, estudavam-se questões atinentes à constitucionalidade do artigo 525, § 15, do Código de Processo Civil, ou seja, tema, objeto e problema diferentes dos constantes do presente trabalho.

Os dados foram extraídos de uma planilha de julgados disponibilizada no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal. O arquivo é de 13 de agosto de 2018.

Cada linha dessa planilha corresponde a uma decisão. Foram avaliadas um total de 7.022 linhas; ou seja, 7.022 decisões. Ressalta-se que um processo normalmente apresenta mais de uma decisão.

Deve-se destacar que na tábua analisada constavam decisões de todo tipo. Decisões colegiadas nas quais não se modulavam efeitos; decisões monocráticas decidindo alguma questão processual; decisões determinando que o feito se processasse por determinado rito; decisões que avaliavam medida cautelar; dentre outras decisões que não interessavam aos fins buscados no levantamento realizado.

Então, o que se fez foi, num primeiro momento, excluir as decisões que não eram de interesse da procura realizada. Nesse momento, utilizou-se de mecanismos de busca do programa de planilhas. O número total de ações julgadas procedentes/procedentes em parte/providas/providas em parte foi de 1.099 (mil e noventa e nove). Não obstante esse número obtido, outras verificações tiveram que ser realizadas, uma vez que houve demandas nas quais a modulação se deu por questão de ordem, ou em função de embargos recebidos. Assim, o número de decisões pesquisadas acabou sendo um pouco maior do que o acima indicado.

Afora a parte acima, a análise feita não pôde contar, em outras fases, com a utilização de mecanismos de busca constantes de softwares de planilhas. Isso pelo fato de não haver uma unicidade no uso das expressões lançadas nas células nas quais constavam as sumas das decisões. Essas células constavam de uma coluna nominada de “observação/andamento”. Foi a partir dos textos lançados dessa coluna que se buscaram os julgados a partir dos quais havia a modulação de efeitos.

Aqui já se aponta um possível comprometimento da amostra avaliada. Uma vez que a verificação se fazia a partir dos dados lançados na planilha, abriu-se, inevitavelmente, a possibilidade de a amostra estar comprometida a partir da forma como se alimentaram as células da planilha. Assim, se a inserção do texto nas células investigadas se deu de forma errônea, tal fato pode ter pontualmente atrapalhado a investigação feita. (Bezerra, 2020, pp. 113-114)

O que se fez, então, foi apanhar aleatoriamente julgados nos quais houve modulação de efeitos e avaliar a fundamentação sustentadora de tais modulações. Do universo resultante da seleção com base nesse procedimento, foram selecionados 12 (doze) julgados cujos acórdãos foram avaliados.⁷⁹

Evidentemente, fez-se uma atualização, com acréscimo de determinados julgados. A atualização compreendeu um proceder diverso. Utilizou-se do painel constante do Programa Corte Aberta⁸⁰, instituído pela Resolução nº 774/2022, no âmbito do Supremo

⁷⁹ Eis as referidas ações diretas de inconstitucionalidade: 2.791; 3.628; 3.791; 4.639; 2.904; 4.641; 3.430; 3.609; 3.796; 2.907; 3.580; e 3.660.

⁸⁰ O acesso ao mencionado painel se fez pelo link disponível na rede mundial de computadores: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html

Tribunal Federal. Tal ferramenta não era disponível quando da realização da primeira parte do levantamento acima referida. A partir dos painéis ali constantes, fez-se a filtragem para serem acessados julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade. Esse procedimento deu mais 13 (treze) acórdãos para serem avaliados⁸¹, também tomados randomicamente.

Também se faz importante deixar registrado que a abordagem empregada quando da escrita da dissertação acima mencionada era bem diversa da ora empregada. Aqui, se tentará avaliar se as decisões nas quais se modulam os efeitos das declarações de inconstitucionalidade fazem a necessária aproximação ao processo analisado, tendo em vista as balizas apostas por Viehweg. Já na dissertação confeccionada pelo autor da presente tese,

o objetivo inicial do levantamento realizado era perquirir as vezes e em que ocasiões nas quais o Supremo Tribunal Federal se valia da modulação de efeitos em decisões do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente tomando a segurança jurídica como motivação da modulação para excetuar a regra da eficácia da decisão de inconstitucionalidade (Bezerra, 2020, p. 113).

Foi a partir da constatação da fundamentação rota em diversos casos de modulação que o autor desta tese identificou a possibilidade de estudo a respeito das modulações de efeitos das declarações de inconstitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Os materiais foram colhidos a partir de consulta a documentos constantes do endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

3.2 DESCRIÇÃO DO LEVANTAMENTO

3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.791

Na indicada ação direta, havia a impugnação de Lei do Estado do Paraná que fazia inclusão de servidores não remunerados no regime próprio de previdência estadual dos servidores paranaenses.

⁸¹ São os seguintes: 4.590; 5.736; 4.233; 4.782; 5.681; 2.682; 6.762; 6.741; 7.317; 7.283; 7.098; 6.126; e 6.472.

O Supremo entendeu haver vício formal (vício de iniciativa) para declarar a inconstitucionalidade do ato normativo estadual em questão.

A modulação somente veio em sede de embargos de declaração, movidos pelo Governador do Estado do Paraná. Na fundamentação da decisão dos ditos embargos, o relator lançou os seguintes argumentos:

No caso em exame, entendo que, tendo em vista a necessidade de preservação de situações jurídicas formadas legitimamente e com inteira boa-fé, a declaração de inconstitucionalidade deva ser retroativa, porém, ressalvados os benefícios previdenciários (aposentadorias e pensões) já assegurados, assim como as hipóteses em que o serventuário já preencheu todos os requisitos legais para a obtenção desses benefícios.

Antes, ele faz menção a documentos colacionados pela Procuradoria do Estado do Paraná que indicavam que mais de 90 (noventa) servidores não remunerados ou se aposentaram ou geraram pensões. O ministro relator levou em consideração que, com a decisão do Supremo que declarara a inconstitucionalidade da referenciada lei, essas pessoas beneficiadas pela lei impugnada *“algumas já com mais de 70 anos, terão – ou já tiveram – suas aposentadorias simplesmente canceladas, tendo que retornar à labuta nos cartórios, como informa o embargante”*. O relator, então arremata: *“[p]arece evidente que o princípio da segurança jurídica tem aqui um peso incontestável, capaz de sobrepujar o próprio postulado da nulidade absoluta da lei inconstitucional”*

O caso trazido a exame, de fato, é interessante. Envolve – de maneira mui nítida, como bem ressaltado pelo ministro relator – a aplicação da segurança jurídica em prol dos beneficiários da lei posteriormente declarada inconstitucional.

Mas, não seria necessária uma maior aproximação ao caso para ver um outro problema que poderia ser gerado?

Sucede que o direito ao acolhimento previdenciário também é direito fundamental (assim como o é a segurança jurídica). Como fica, de maneira geral, em função de coordenadas atuariais, econômicas e financeiras, o regime próprio de previdência do Estado do Paraná como um todo? Será que abarcar esses beneficiários não comprometeria – ou compromete – a higidez econômica daquela estrutura previdenciária que tem que dar conta dos servidores estaduais?

Para saber com mais precisão de tais informações, seria mister que o Supremo se debruçasse com mais afinco sobre a situação em análise, com a avaliação tanto da segurança jurídica daqueles que acabaram sendo salvos pela modulação quanto do direito fundamental aos benefícios previdenciários dos outros servidores que colaboram para o custeio do sistema. Apenas com mais informações – que a Corte poderia pedir – seria possível tal avaliação.

Também é interessante notar que a fundamentação adotada para a modulação, ao indicar que pessoas de avançada idade podem correr o risco de terem que voltar a laborar, parece ter se valido da dimensão daquilo que a retórica aristotélica identifica como *pathos*.

3.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.628

Na ação mencionada no presente tópico, havia debate sobre o artigo 110, parágrafo único, da Lei nº 915/2005, do Amapá, que dava margem à Amapá Previdência (AMPREV) assumir pagamento de benefícios de aposentadoria e pensão concedidos por quaisquer dos Poderes daquele Estado, pelo Ministério Público ou pelo Tribunal de Contas, durante o período de vigência do Decreto nº 87, de 6 de junho de 1991, e que estivessem sendo suportados exclusiva e integralmente pelo respectivo Tesouro Estadual.

Assim, o regime próprio de previdência do Estado do Amapá passou a arcar com pagamento de benefícios para quem não tivesse contribuído com o sistema previdenciário. Entendeu-se inconstitucional a norma em destaque, porque se dera mediante emenda parlamentar, sem que fosse indicada fonte de custeio, em afronta ao artigo 195, § 5º, em combinação com o artigo 40, § 12, da Constituição Federal. Segundo o relator, isso destoaria “*por completo do regime contributivo e contábil previsto no projeto legislativo original*”.

Não obstante haver um sério problema de ordem contábil – conforme atestou o próprio relator – foram modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mediante a seguinte fundamentação:

Por fim, para que não haja risco de descontinuidade no pagamento dos benefícios de aposentadoria e pensão de que trata o dispositivo ora declarado inconstitucional, proponho a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para dar efeitos prospectivos à decisão, de modo que somente produza seus efeitos a partir de seis meses, contados da data da publicação

da ata deste julgamento, tempo hábil para que os órgãos estaduais envolvidos cumpram a decisão da Corte e regularizem a situação perante a Amapá Previdência.

O único ponto ressaltado pelo relator seria o risco de descontinuidade do pagamento de benefícios dos contemplados pela regra cuja inconstitucionalidade se declarara.

Bem, de ver a situação, é possível se verificar que a segurança jurídica desses beneficiários (que, se frise, não colaboraram para o regime) poderia estar em risco. Todavia, como se atesta, não se fez a aproximação ao caso para ver como o direito em tela (segurança jurídica) poderia ser ofendido para que se visse como ele poderia ser preservado.

E, por se mencionar direitos fundamentais que poderiam ser maculados, aqui se evocam os argumentos lançados no item anterior, ocasião na qual se questionou como ficaria o regime próprio de previdência do respectivo Estado diante da situação sob crivo judicial. Em outras palavras, o direito fundamental à previdência de todos os servidores poderia ser maculado em função da modulação levada a efeito? Somente se saberia disso se houvesse maior esquadrinhamento do feito sob análise.

De todo modo, a aproximação ao problema – para avaliação do direito fundamental que poderia dar azo à fundamentação – foi pouca, com todo respeito. E também pouca foi a manifestação viabilizadora da fundamentação. Não se alcançou, aqui, a dimensão do *logos*, à qual refere Aristóteles em sua retórica.

3.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.791

Na ação direta nº 3.791, impugnava-se a Lei 935/1995, do Distrito Federal, que autorizava o Poder Executivo Estadual a conceder uma gratificação de risco de vida aos policiais militares e bombeiros militares.

A inconstitucionalidade no caso fora sustentada pela verificação do vício de competência da legislação impugnada, que deveria advir por norma a ser editada pela União, e não pelo Distrito Federal. Também operou para a declaração de inconstitucionalidade o fato de a iniciativa do processo legislativo ter se dado por parlamentar, e não pelo chefe do Executivo, em descumprimento à alínea “a”, do inciso II, § 1º, do art. 61 da Constituição Federal.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tela se deu com base no seguinte texto:

Esse o quadro, voto pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Distrital 935, de 11 de outubro de 1995. Nada obstante, sou pela atribuição de efeitos prospectivos (*ex nunc*, portanto) à declaração de inconstitucionalidade, tendo em conta: a) a natureza alimentar da gratificação em tela; b) a presunção de boa-fé, a operar, no caso, em favor dos militares do Distrito Federal.

O presente quadro também é interessante, porque os sustentáculos da modulação, na presente ação direta, são por demais genéricos, uma vez que natureza alimentar e presunção de legitimidade pode fundamentar uma série indistinta de atos. Ademais, a presunção de boa-fé, não obstante ser importante, está muito mais para um instituto de preservação negocial do direito civil do que para um direito fundamental.

Aqui também parece haver mácula à segurança jurídica, em suposto caso da operação de efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade sob estudo.

Todavia, seria mister, para tanto, a verificação de como eventual afronta à segurança jurídica se daria no caso. Também seria necessário o exame do impacto aos cofres públicos com a modulação levada a efeito.

Aliás, tal circunstância é assaz curiosa, uma vez que – conforme já visto – o interesse social é requisito legal para a modulação de efeitos. No entanto, o tal interesse social parece muito mais perfilar-se à preservação dos cofres públicos aqui – ou seja, para não se modularem os efeitos – do que para a preservação do interesse dos militares contemplados com a modulação.

Não se tem muito ao certo se a concitação de presunção de boa-fé e o caráter alimentar da qual se valeu o relator era para atender ao *pathos* (talvez numa tentativa de se dar um apelo emotivo ao embasamento da modulação). O que se vê é que a dimensão do *logos* não foi alcançada.

3.2.4 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.639

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.639, veiculava-se impugnação à Lei nº 15.150/2005, que criava regime diferenciado de aposentadoria para os integrantes do serviço notarial e registral, não remunerados pelos cofres públicos; e os da serventia do

foro judicial, admitidos antes da vigência da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, facultativos com contribuição em dobro.

A inconstitucionalidade foi sustentada por vício de competência, pois deveria ser da União a medida legislativa para cuidar do assunto, erroneamente veiculado por lei estadual.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade titulada veio com base na seguinte fundamentação:

Por essa razão, a fim de preservar as situações jurídicas consolidadas no tempo, insuscetíveis de desfazimento sem graves consequências à segurança jurídica dos seus titulares, proponho sejam ressalvadas dos efeitos da presente decisão as situações dos destinatários da Lei estadual 15.150/05 (aposentados ou pensionistas) que estejam percebendo ou tenham reunido as condições para obter os benefícios previstos no diploma invalidado até a data da publicação da ata deste julgamento.

Veja-se que as considerações feitas nos itens acima, por ocasião das ações nº 2.791 e 3.628, servem à presente ação.

Tem-se aqui o intuito de preservação de segurança jurídica de beneficiários de ato legislativo cuja inconstitucionalidade seria declarada. Como já mencionado nesta tese, tal postulado é de ressaltada importância. Sim, a segurança jurídica merece proteção.

Na presente modulação de efeitos – assim como comentado acima nas considerações feitas quando da análise daquelas ações diretas –, também se cogitou a possibilidade de comprometimento do direito ao acolhimento previdenciário das demais pessoas contempladas pelo regime previdenciário implicado (tanto naqueles casos como neste o regime previdenciário de um determinado Estado-membro), tendo em vista que os efeitos dos atos legislativos inconstitucionais preservados pela modulação em tela podem causar impacto negativo naquele sistema previdenciário.

Eis o caso, mais uma vez. Qual seria o direito fundamental a prevalecer? O previdenciário, dos membros originais daquele regime; ou o da segurança jurídica, dos membros que foram incluídos pela lei atacada? Como saber qual dos dois estava correndo maior risco? Assim como também se mencionou nos tópicos acima, apenas seria possível saber de tais circunstâncias caso houvesse maior aproximação ao caso, com avaliação de eventuais impactos da modulação nos cofres públicos.

Mas isso não houve. Não houve a necessária proximidade ao caso sob enfoque; nem houve o correspondente delineamento argumentativo para convencimento por meio do *logos* a respeito de uma situação (que não foi) desvelada.

3.2.5 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.904

A ação direta de inconstitucionalidade indicada teve como objeto a impugnação da Lei Complementar nº 93/2002, do Estado do Paraná. Essa Lei Complementar alterava dispositivos constantes da Lei Complementar nº 14/1982.

O ato normativo impugnado pela ação em apreço fazia estabelecer regras diferenciadas para aposentadoria de policiais. Ele mexia em requisitos para que tal categoria de agentes públicos passasse à inatividade.

A inconstitucionalidade da Lei Complementar estadual impugnada foi sustentada em função de vício formal que pendia sobre o referenciado ato normativo: ofensa ao artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal.

Depois de votar pela procedência dos pedidos veiculados na aludida ação direta, o relator lançou as seguintes fundamentações:

Parece-me, contudo, prudente aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99 ao caso, como sugere o Procurador-Geral da República e requerem a Assembleia Legislativa e o *amicus cúria*.

Fundamentalmente, o que fez a aludida norma estadual, em relação ao quanto previsto pela Emenda Constitucional nº 20/98, então em vigor, foi reduzir em cinco anos a idade para a aposentadoria compulsória (de 70 para 65) e também em cinco anos os períodos de contribuição mínimos para a aposentadoria integral (de 35 para 30, se homem, e de 30 para 25, se mulher); além do que foi afastada a exigência de idade mínima para a aposentadoria voluntária.

Por sua vez, já se passaram mais de 6 (seis) anos entre a promulgação da Lei Complementar/PR nº 93, de 15/07/02, e o julgamento definitivo desta ação direta.

Nas circunstâncias do caso, chama a atenção o fato de que muitos, provavelmente a maior parte dos servidores, se tivessem permanecido em atividade, preencheriam, hoje, passados mais estes 6 (seis) anos, todos os requisitos constitucionais para a aposentadoria integral. Isso geraria transtorno indevido em área crítica de segurança pública, o que não é recomendável quando a lei enseja solução consentânea com o melhor interesse público.

Na ponderação das circunstâncias da causa, julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade e atribuo, na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99, efeitos *ex nunc*, da data desta sessão de julgamento.

Verificando-se os argumentos expendidos pelo relator no tocante à fundamentação, é interessante ressaltar que ele tece circunstâncias interessantes sobre como a segurança jurídica operaria no caso em apreço, tendo em vista que decorreu um importante interregno entre a entrada em vigor da Lei Complementar estadual impugnada e a respectiva declaração de inconstitucionalidade. E fatores, tais como a diminuição da idade para a aposentadoria de determinados agentes (como era o caso do referido texto normativo), seriam marcadamente alterados em função de como se operaria a nulidade no caso. Nesse ponto específico, o relator andou bem. E se fossem tomadas apenas essas partes, a dimensão do *logos* aristotélico estaria tratada de forma correta, uma vez que o relator descreve os traços indicadores de ofensa à segurança jurídica, na situação sob avaliação, no processo em tela.

Todavia, cabem aqui as mesmas ressalvas, tecidas nos itens anteriores: se, por um lado, as medidas aptas a preservarem a segurança jurídica de eventuais aposentados, no regime das regras que posteriormente seriam declaradas inconstitucionais, foram delineadas; por outro, não se avaliaram eventuais nós que poderiam incidir sobre o sistema previdenciário responsável por suportar os efeitos econômicos e atuariais adversos em decorrência da Lei Complementar declarada inconstitucional.

Para tanto, o relator deveria realizar exame mais detido do caso, mais rente à realidade subjacente à questão examinada.

O exame em relação ao direito fundamental à segurança jurídica foi visto; no entanto, não se viu se os impactos econômicos da modulação de efeitos em exame poderiam – ou não – impactar negativamente os demais aposentados e pensionistas no regime implicado pela ação objeto deste tópico.

3.2.6 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.641

Os apontamentos feitos em relação aos itens acima, nos quais eram vistas questões em relação a legislações estaduais referentes à inclusão de determinados beneficiários em regimes próprios de previdência também terá lugar aqui neste tópico.

Isso pelo fato de a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.641 veicular impugnação à Lei Complementar estadual nº 412/2008, do Estado de Santa Catarina, que fazia inserir,

dentre os segurados do regime próprio de previdência daquela unidade federativa, os notários, registradores, oficiais maiores e escreventes juramentados. No caso, o relator entendeu haver afronta ao artigo 40 da Constituição Federal.

O relator fundamenta a ressalva da nulidade em função da segurança jurídica, afirmando que os funcionários já haviam recolhido haveres àquela unidade previdenciária, cumprido os requisitos para aposentadoria, etc. Nesse passo, foi a fundamentação:

Isso porque, como visto, muitos dos segurados abrangidos pela lei impugnada foram inseridos no regime próprio de previdência do Estado, efetuaram o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas e, cumpridos os requisitos legais, passaram a receber os benefícios a que faziam jus. Em situação análoga, no julgamento dos embargos de declaração opostos em face do acórdão proferido pelo Plenário na ADI 2791, o Min. Gilmar Mendes ponderou o seguinte:

Interessante notar que – no trecho final do texto acima transcrito – ele, o relator, passa a colacionar texto constante da fundamentação de outro caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal. Isso pode fazer com que se entenda que ele se utilizou da ferramenta do entimema, de acordo com a retórica aristotélica.

Do ponto de vista do atendimento à segurança jurídica, isso faz muito sentido; sobretudo, se for avaliado o trecho no qual o relator arremata a fundamentação lavrada para fins de modulação:

Por essa razão, a fim de preservar as situações jurídicas consolidadas no tempo, insuscetíveis de desfazimento sem graves consequências à segurança jurídica dos seus titulares, proponho sejam ressalvadas dos efeitos da presente decisão as situações dos destinatários da Lei Complementar Estadual 412/08 (aposentados ou pensionistas) que estejam percebendo ou tenham reunido as condições para obter os benefícios previstos no diploma invalidado até a data da publicação da ata deste julgamento.

Contudo, assim como se escreveu nos tópicos anteriores, também aqui não se viram os impactos previdenciários por conta da modulação. Não seria o caso de se realizar a devolução do valor recolhido pelos beneficiários da Lei Complementar estadual inconstitucional? Será que tal medida não resguardaria melhor os cofres do regime previdenciário catarinense (e consequentemente, os direitos dos beneficiários do regime previdenciário em tela que não estão em situação de inconstitucionalidade)? Não se sabe. Para se saber isso, uma maior incursão no caso sob avaliação se faria necessária. Mas, tal

não ocorreu. Em função disso, direitos fundamentais previdenciários podem estar em risco aqui.

3.2.7 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.590

A ação direta de inconstitucionalidade acima numerada pretendia a anulação da Emenda 83, de 3 de agosto de 2010. Tratava-se de uma emenda à Constituição Estadual de Minas Gerais que, dentre outras disposições, estabeleceu que seria necessária a graduação em Direito para o ingresso no Quadro de Oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais.

A inconstitucionalidade da referida Emenda Constitucional Estadual se deu em função de vício de iniciativa da indicada espécie legislativa.

O acórdão que julgou a mencionada ação direta não tratou da modulação. Apenas posteriormente, em sede de embargos de declaração, o ministro relator, depois de relativamente longa fundamentação no sentido de não acolher os mencionados embargos, por não haver os vícios alegados pelo embargante, acolhe os embargos, afirmando o seguinte:

De fato, a questão da modulação dos efeitos não foi abordada no voto embargado. Nas razões dos embargos, a recorrente alega que os cidadãos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade da lei agiam de boa-fé e gozavam de confiança legítima nos atos do Estado.

Desse modo, entendo que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma devem ser ajustados para salvaguardar a boa-fé dos servidores afetados pela decisão.

Ressalto que esta Corte já se pronunciou pela modulação dos efeitos em casos semelhantes ao dos autos. Confirmam-se, a propósito: ADI 3840, de minha relatoria, DJe 17.6.2020; ADI 3782, de minha relatoria, DJe 17.6.2020; ADI 3199, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 11.5.2020.

Veja-se que a modulação é tratada em três parágrafos. No primeiro, o relator reconhece que a modulação deveria ser realizada. Ainda no primeiro parágrafo, assim como no segundo, o relator conecta a necessidade de modulação com a boa-fé daqueles beneficiados pela Emenda Constitucional estadual cuja inconstitucionalidade se declarara.

Já no terceiro parágrafo, o relator evoca decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais houve modulação em situação similar.

No último parágrafo transcrito, das três decisões evocadas, uma diz respeito a correções de remuneração de agentes públicos. Ou seja, embora se possa afirmar que o recurso (de evocar decisões) seja o uso do entimema, ele somente seria válido se fosse demonstrado o encaixe das decisões evocadas na ação direta ora em questão.

Ademais, dentro da compreensão dos fatos lançados, parece razoável admitir-se como prestigiador da segurança jurídica o ato de preservar a admissão de eventuais integrantes da carreira cujo requisito trazido pela Emenda Constitucional estadual fora declarado inconstitucional.

Todavia, a fundamentação adotada, em momento algum, demonstra uma aproximação ao caso sob enfoque, não sendo possível adotar tal modulação como bem embasada.

3.2.8 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.430

A ação direta de inconstitucionalidade nº 3.340 veiculava ataque à Lei Complementar estadual nº 300/2004, do Estado do Espírito Santo. Tal ato legislativo tinha autorização para o Poder Executivo estadual efetivar contratação temporária de servidores em caso de interesse público, sem a prévia realização de concurso público.

Além de outras fundamentações, a Lei Complementar mencionada fora declarada inconstitucional, tendo em vista veicular permissivo sem a realização de prévio certame público.

A fundamentação que sustentou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tela teve seu ponto central no seguinte trecho:

Seria iníquo, pois, que os contratados ou os próprios contratantes tivessem de repor aos cofres públicos as importâncias recebidas pelos serviços por eles prestados à coletividade, como base numa Lei Complementar em relação à qual milita a presunção de constitucionalidade. Cumpre, assim, modular os efeitos da decisão, para que não atinja fatos pretéritos constituídos à sombra de um contexto legal, até então, havido como hígido.

Tal texto é por demais genérico, com todo respeito. O fato de militar a presunção de constitucionalidade em favor de uma lei é argumento servível a qualquer tipo de medida que se almeje tomar.

Na outra parte do parágrafo acima transcrito, afirma-se que seria iníqua a possibilidade de os servidores efetuarem reposição dos valores recebidos por eles. Talvez, eventual reposição ofendesse a segurança jurídica. De fato, esse direito fundamental parece estar no fundo da discussão posta. Tal discussão seria legítima. Todavia, essa circunstância somente poderia ser prevalente se fosse efetuada, dentro dos elementos a serem colhidos a partir de uma aproximação do feito em análise, o que, infelizmente, não houve.

Também é interessante notar que, por ocasião dos debates realizados no julgamento da ação direta ora sob análise, os ministros indicaram que a modulação dos efeitos atenderia a mitigar os efeitos do caos na saúde pública. Data vênua, tal fluxo de argumentação – que parece perseguir o *ethos* – tem mais a ver com atos já realizados, que não podem ser preservados ou atingidos por eventual modulação.

3.2.9 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.609

A ação acima numerada trouxe impugnação a uma Emenda Constitucional estadual, qual seja, a Emenda Constitucional nº 38, que inseriu dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Acre. Tal espécie normativa fez efetivar os servidores públicos admitidos na Administração sem a observância de prévio concurso público.

A inconstitucionalidade se deu por ofensa ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que determina que a investidura em cargo ou emprego público se dá mediante concurso público.

tendo em vista informação trazida pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre (fl. 185), no sentido de que foram contratados, entre o período de 5/10/1983 a 18/1/1994, 11.554 (onze mil quinhentos e cinquenta e quatro) servidores sem aprovação em concurso público, os quais se encontram trabalhando (com a ressalva daqueles que já se aposentaram ou foram exonerados) em todas as secretarias e entidades da Administração estadual, inclusive em repartições que prestam serviços públicos essenciais, como as secretarias de saúde (3.488 servidores), de educação (4.280 servidores) e de segurança (656 servidores), proponho, de forma semelhante ao que o Tribunal decidiu na ADI nº 4.125/TO e na ADI nº 3.819/MG, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para dar efeitos prospectivos à decisão, de modo que somente produza seus efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata deste julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, nomeação e posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo aos serviços públicos essenciais prestados à população.

É interessante ver aqui que o relator indica, nas últimas linhas, que a preocupação dele para veicular a fundamentação é não deixar a população do Estado do Acre desassistida de serviços públicos essenciais. Isso, aliás, diverge dos motivos pelos quais houve fundamentação na ação direta de inconstitucionalidade avaliada no item anterior, que foi mais pelo caminho da segurança jurídica em benefício dos contratados irregularmente.

Também é interessante ressaltar que, por ocasião dos debates ocorridos em plenário, um ministro indagou ao relator que “*Vossa Excelência está ciente de que essa modulação, na prática, significa a regularização de situações irregulares, não é, de nomeações.*” Por conta de tal questionamento, o relator afirmou que:

Eu penso que, na linha da teoria jurídica e da jurisprudência desta Corte, nós podemos não declarar a inconstitucionalidade com a pronúncia de nulidade absoluta da lei, quando há excepcionais razões que levam à necessidade de projetar a legislação impugnada no tempo. E isso nós já fizemos. E aqui quais são as excepcionais razões? São os cidadãos que estão prestando serviços ilegalmente ao Estado - já reconhecido por esta Corte na data de ontem, por unanimidade -, mas que, se amanhã forem retirados dessa prestação de serviço, a área de saúde, a área de educação e outras áreas administrativas do Estado vão ficar absolutamente sem ter servidores. A população não vai ter assistência à saúde.

Ao que parece, o relator aqui trouxe ao caso a incidência de direitos fundamentais que poderiam ser prejudicados caso a nulidade do texto normativo estadual operasse efeitos *ex tunc*. Nesse caso, a modulação funcionou como garantia. Parece, aqui, que ele – atendendo ao *logos* – indicou quais postulados constitucionais poderiam fundamentar a modulação dos efeitos levada a cabo no caso sob exame.

3.2.10 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.796

A ação direta de número acima indicado veicula pleito de declaração de inconstitucionalidade de Lei do Estado do Paraná, a Lei nº 15.054/2006, que restabelecia benefícios fiscais referentes ao ICMS daquela Unidade Federativa, já cancelados.

A inconstitucionalidade se deu por ofensa ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, que estabelece que Lei Complementar fará “*regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados*”.

O relator, inicialmente, aduz que há orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de não se modularem efeitos em casos que tenham como enredo o tema da guerra fiscal, como era o caso em apreço. Contudo, invoca, como precedente, uma decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.481, na qual se estabeleceu que:

A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF.

O relator, então, afirma que as mesmas razões deveriam ser aplicadas ao caso ora examinado.

Ora, faltou, aqui, verificar-se qual seria o impacto financeiro ao Estado por conta de tal medida. Apesar de ter havido a evocação da segurança jurídica como direito fundamental a ser protegido, não foram feitos os delineamentos condizentes com o que o caso objeto da avaliação poderia brindar.

3.2.11 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.736

Na ação direta de inconstitucionalidade acima referenciada houve a impugnação da Lei estadual nº 13.549/2009, do Estado de São Paulo. A referida Lei estabelecia que o outorgante de mandato judicial realizasse contribuição previdenciária em favor da Carteira de Previdência dos Advogados do Estado de São Paulo.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que se tratava de um verdadeiro tributo, criado “*sem justificativa plausível*”, nas palavras da Corte.

É relevante salientar, aqui, que o relator, em sede de embargos de declaração, indica que o embargante (no caso a Assembleia Legislativa de São Paulo) revelou que a contribuição em tela era das principais fontes da carteira previdenciária implicada. Em sendo assim, caso fossem desfeitos os atos praticados sob luz da legislação inconstitucional, poderia haver comprometimento dos pagamentos dos aposentados e pensionistas daquele sistema previdenciário. O relator, então, afirma:

Após detida análise da matéria, considero ser recomendável o acolhimento do pedido de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade já pronunciada. Isso porque constato ser da jurisprudência desta Corte a sensibilidade aos efeitos de suas decisões no equilíbrio financeiro e atuarial de regimes previdenciários.

Ele (o relator), então, colaciona alguns julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal.

Ora, havia um direito fundamental em tela, conectado com o recebimento de haveres previdenciários. Ao que parece, a modulação em tela, zelou por tal postulado.

Houve, aqui, aproximação ao caso em apreço, sendo este o ponto de partida para a modulação.

3.2.12 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.233

A ação direta de inconstitucionalidade nº 4.233 veicula impugnações a determinadas leis criadoras de critérios de ascensão funcional para específico cargo da Administração Tributária do Estado da Bahia. Os dispositivos impugnados eram os incisos I e II do artigo art. 2º da Lei nº 11.470, de 8 de abril de 2009; e o artigo 24 da Lei nº 8.210, de 22 de março de 2002.

A inconstitucionalidade em tela se daria em função de tais dispositivos estarem em desacordo com o mandamento constitucional que estabelece como necessária a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo público.

Este caso é interessante, pois os servidores cuja investidura estava em situação de inconstitucionalidade realizaram diversos atos, de modo que laboraram na constituição de créditos tributários. Se fosse levada a efeito a teoria da nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional, vários atos do Estado poderiam ser revistos, com prejuízos aos cofres estatais.

Em sendo assim, o relator lançou a seguinte fundamentação para defender a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tela:

Quanto aos efeitos temporais da decisão, entendo, *in casu*, que os preceitos normativos ora declarados inconstitucionais – art. 24 e Anexo V da Lei nº 8.210/2002; bem como dos incisos I e II do art. 2º da Lei nº 11.470/2009, ambas do Estado da Bahia – não obstante viciados na sua origem, vigoraram durante longos anos como se constitucionais fossem.

Com efeito, a prática de todos os atos jurídicos deve ser resguardada dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, sob pena de se configurar situação de insegurança jurídica e quebra da confiança legítima, por exemplo, das constituições de crédito formalizadas. De outro lado, poderia ser colocada em xeque a segurança jurídica do próprio Estado, haja vista a imprevisibilidade que eventualmente seria gerada com a nulidade da integralidade das atuações anteriores.

Dessa forma, configuradas as estritas condições materiais previstas no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 – razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social –, cumpre ao Supremo Tribunal Federal, no desempenho do seu papel de Corte Constitucional, lançar mão do poder dever de harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de preceitos outros da Lei Maior que, sem essa providência, seriam feridos caso atribuída eficácia retroativa ou plena à decisão: notadamente a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva, expressões que são do devido processo legal e do Estado de Direito.

A modulação dos efeitos da decisão, no caso, apresenta-se como necessária para proteger a confiança legítima que resultou na prática de atos com respaldo em autoridade aparente e observa a boa-fé objetiva enquanto princípio geral de direito norteador das decisões judiciais.

Depois do trecho acima transcrito, o relator se vale de uma série de julgados a funcionarem como parâmetros jurisprudenciais. Eis as ações diretas de inconstitucionalidade cujas ementas foram colacionadas: 1.220; 4.788; 1.241; 3.106.

As referidas ações parecem guardar consonância com o caso cuja decisão ora se avalia. Ou seja, parece que houve o uso do entimema aristotélico, colaborando-se, assim, com a escorreita fundamentação do julgado.

3.2.13 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.782

O artigo 83, inciso IX, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sofreu impugnação na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.782. O dispositivo impugnado concedia aos servidores estaduais “*a incidência da gratificação adicional por tempo de serviço sobre o valor dos vencimentos*”.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da normatização em vigor em função de que, de acordo com a jurisprudência da Corte, havia afronta à separação dos poderes, porquanto a iniciativa da medida apontada pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro deveria se dar a cargo do Executivo, e não do Legislativo.

Vê-se que houve percepção de adicional por tempo de serviços por um número de agentes do Estado do Rio de Janeiro.

Era legítimo averiguar-se – desde que verificados os impactos econômicos aos cofres cariocas – a segurança jurídica daqueles que percebiam as remunerações cuja base normativa posteriormente foi tida como inconstitucional.

A modulação se deu com base no seguinte texto:

Com fundamento no art. 27 da Lei nº 9.686/1999, proponho a modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade para que produza efeitos a contar da data deste julgamento, preservando as leis, os atos administrativos e as decisões judiciais que embasam o pagamento de tal adicional, até que lei estadual venha a alterar a forma de remuneração dos servidores.

Veja-se que, no parágrafo acima citado, o relator propõe a modulação de efeitos, indicando o marco a partir do qual o julgamento produzirá efeitos e indica para que motivo a modulação se dá (para a preservação das leis, dos atos administrativos, etc).

Logo, percebe-se que o relator não indica qual o direito de fundo que a modulação resguarda. O trecho sustentador da modulação é por demais genérico, sem aproximação alguma ao caso. Ele não tece minúcias sobre a questão a ser decidida.

3.2.14 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.681

Na ação acima indicada, pretendia-se a declaração de inconstitucionalidade da Resolução n. 14/2008, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Essa Resolução promovia a desanexação de determinados serviços de registro civil e de tabelionato que o referido documento normativo trazia em seu anexo.

A inconstitucionalidade se deu porque seria exigível lei para tratar adequadamente a matéria, segundo o Supremo Tribunal Federal.

A fundamentação para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em questão se deu nos seguintes termos:

5. Tendo produzido efeitos no período de sua vigência – a despeito de sua evidente inconstitucionalidade –, o princípio da segurança jurídica recomenda sejam preservados os atos praticados sob a égide da Resolução n. 14/2008 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Também é mister seja concedido prazo razoável para eventual edição de lei que discipline a matéria, incluídos os efeitos da vigência do ato normativo inconstitucional, disciplinando-se, nos termos constitucionalmente postos, a matéria relativa às serventias extrajudiciais naquele Estado.

Assim, com fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, proponho a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo o prazo de doze meses a contar da data de publicação da ata de julgamento para ser regularizada por lei, se for a decisão política estadual, a situação das serventias ou voltar-se, então, ao estado anterior.

De fato, a segurança jurídica parece ter que operar efeitos aqui, uma vez que a atividade cartorária exercida durante um determinado interregno acaba por gerar impacto na vida das pessoas. A esse respeito, não há dúvidas. Todavia, mais adequado seria se a relatora fizesse mais considerações a respeito da situação levada a juízo, e tivesse mais informações para evocar o primado da segurança jurídica de modo a justificar a modulação adotada.

3.2.15 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.682

A ação referenciada no título acima tratava de impugnação a Leis Complementares do Estado do Amapá (quais sejam, as Leis Complementares nº 11/1996 e nº 6/1994) que conferiam ao Governador daquele Estado a faculdade de nomear e exonerar livremente o Procurador-Geral do Estado, o Subprocurador-Geral do Estado, o Procurador de Estado Corregedor e o Procurador de Estado Chefe.

A inconstitucionalidade, no presente caso, deu-se em função de ofensa ao artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal, tendo em vista que a criação de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração somente se poderia dar em casos de caráter de assessoramento, chefia ou direção.

A modulação dos efeitos da presente ação de declaração de inconstitucionalidade se deu em sede de embargos de declaração. Em boa parte dos aclaratórios, a relatora traz a discussão processual a respeito de cabimento ou não de embargos de declaração com finalidade de modulação de efeitos.

Posteriormente, entra em cena a seguinte discussão, tomando como ponto de partida as Leis Complementares que

ampararam a concretização de inúmeros atos jurídicos praticados por Procuradores de Estado do Amapá, exercentes dos cargos de Subprocurador-Geral do Estado e de Procurador de Estado Chefe, por ato de livre nomeação do Governador de Estado, na defesa judicial e extrajudicial do Estado, por longo período de tempo.

Com efeito, a prática de todos os atos jurídicos deve ser resguardada dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, sob pena de se configurar situação de insegurança jurídica e quebra da confiança legítima de todos os terceiros que formalizaram atos jurídicos com o Estado. De outro lado, poderia colocar em xeque a segurança jurídica do próprio Estado, haja vista a imprevisibilidade que poderia ser gerada com a nulidade de todas as atuações e defesas jurídicas do ente federado, por aqueles representantes.

12. A modulação dos efeitos da decisão, no caso, apresenta-se como necessária para proteger a confiança legítima que resultou na prática de atos com respaldo em autoridade aparente e observa a boa-fé objetiva enquanto princípio geral de direito norteador das decisões judiciais. Assim já decidiu este Plenário, inclusive ao exame de embargos de declaração. Confirmam-se os precedentes judiciais abaixo identificados:

Depois do último parágrafo transcrito, a relatora traz uma série de julgados utilizados como parâmetro jurisprudencial.

Como se vê, a relatora faz um balanço, uma vez que vários atos foram praticados por quem ocupou os cargos com base em lei inconstitucional. Ela evoca a segurança jurídica de cidadãos que porventura tenham formalizado atos com o Estado (ela também observa a segurança jurídica em prol do Estado). Ao que parece, ela contempla a dimensão do *logos*, da retórica aristotélica.

3.2.16 Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.762

A ação direta acima numerada trazia pleito de impugnação ao artigo 67, inciso V, da Lei Complementar estadual nº 221/2010, do Estado do Acre. Tal texto normativo dizia respeito a critério de aferição para promoção por antiguidade em relação a magistrados daquele Estado.

De acordo com o inciso V do artigo 67 do mencionado diploma legislativo estadual, a antiguidade dos magistrados seria apurada, dentre outros elementos, “*V – pelo tempo de serviço público efetivo; (...)*”.

A declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar atacada se deu por inconstitucionalidade formal. O relator destacou que o Supremo Tribunal Federal já havia firmado entendimento no sentido de que legislação estadual não poderia veicular critérios diferentes dos constantes na Lei Orgânica da Magistratura Nacional para aferição por antiguidade.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sob exame veio a partir do seguinte fundamento:

9. Declarada a inconstitucionalidade do ato, convém agora discutir o alcance de seus efeitos. Como se sabe, a não concessão de efeitos retroativos às declarações de inconstitucionalidade reflete um juízo de ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os valores constitucionais da segurança jurídica, excepcional interesse social e boa-fé (v. ADI 3.666, sob minha relatoria), como previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Tais valores podem prevalecer em determinados casos, de modo a preservar situações consolidadas no tempo e a evitar efeitos jurídicos adversos advindos da retroação dos efeitos da decisão desta Corte.

10. Na hipótese dos autos, penso que a eficácia do acórdão deve ser modulada. Isso porque o dispositivo questionado está em vigor há mais de dez anos, de modo que diversos magistrados foram enquadrados nos termos do artigo agora declarado inconstitucional, para fins de remoção e promoção na carreira, e essas situações consolidadas merecem ser resguardadas.

11. Por isso, entendo que razões de segurança jurídica recomendam que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos *ex nunc*, mantidos os atos praticados com base na contagem do tempo de antiguidade na forma da lei estadual até a publicação da ata de julgamento deste processo.

O que há de interessante a se notar aqui neste caso é o fato de o próprio relator ter pautado – no primeiro parágrafo dos três acima transcritos – que a modulação reflete um juízo de ponderação.

Parece – a bem da verdade – que a segurança jurídica deve operar em favor das pessoas que poderiam ser (ou que foram) afetadas pelos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade em questão. Isso parece bem patente. E isso se vê a partir da leitura dos outros dois parágrafos transcritos.

Todavia, caso houvesse uma maior aproximação ao caso no qual se enredava o feito em tela, também se deveria verificar qual o impacto – sobretudo financeiro e econômico – que essa modulação acarretaria.

Não há dúvida de que a segurança jurídica é valor que merece ser protegido. Todavia, o outro aspecto ora considerado – e que não o foi quando da modulação – também deveria ser levado em conta.

3.2.17 Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.741

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.741, veiculava-se pleito para extirpar do mundo jurídico o artigo 82, inciso II, da Lei Complementar nº 234/2022, do Estado do Espírito Santo.

O referido dispositivo legal estabelecia disposições a respeito da idade mínima e máxima para ingresso na magistratura do aludido Estado-membro.

A inconstitucionalidade do texto normativo repousa na contrariedade ao artigo 93 da Constituição Federal, uma vez que deve haver – para atender à vontade do constituinte – tratamento uniforme no regime funcional da magistratura, o que deve se dar por Lei Complementar de caráter nacional.

Ademais, o relator da matéria também aduziu haver inconstitucionalidade material, por ofensa ao princípio da igualdade, tendo em vista que, no caso em tela, lei estadual fazia estabelecer critérios mais rigorosos do que em outros Estados. O relator entendeu haver restrições indevidas, em afronta aos artigos 5º, e 39, § 3º, da Constituição Federal.

Para sustentar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ora visitada, o relator lançou o seguinte texto, doravante transcrito:

8. Na hipótese dos autos, penso que, de fato, a eficácia do acórdão deve ser modulada. Isso porque o dispositivo questionado está em vigor há mais de vinte anos, de modo que diversos candidatos se submeteram a concurso público e inscrições definitivas foram deferidas ou indeferidas nos termos do artigo agora declarado inconstitucional. Por isso, entendo que razões de segurança jurídica recomendam que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos *ex nunc*, mantidos os atos administrativos praticados com base na lei impugnada até a publicação da ata de julgamento deste processo.

9. Diante de todo o exposto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 82, II, da Lei Complementar nº 234, de 18.04.2002, do Estado do Espírito Santo, propondo a fixação da seguinte tese de julgamento: “É inconstitucional norma estadual que fixa idades mínima e máxima para ingresso na carreira de juiz sem respaldo na Lei Orgânica da Magistratura Nacional”.

10. Com base no art. 27 da Lei nº 9.868/1999, modulo os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, preservando-se a validade dos atos jurídicos praticados pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo com base na lei questionada até a publicação da ata de julgamento.

Mais uma vez, com todo respeito, parece ter faltado uma aproximação ao caso objeto de análise da Corte Constitucional. Tanto que, como se atesta, afirma-se que o dispositivo

está em vigor há mais de vinte anos, sendo que inscrições definitivas de magistrados foram efetivadas sob a égide da Lei Complementar cuja inconstitucionalidade, então, fora declarada.

Todavia, mais acertado seria se o Supremo Tribunal Federal trouxesse a informação de quantos concursos se realizaram sob efeito da Lei Complementar 234/2002; quantos candidatos foram beneficiados com tal Lei Complementar; quantos foram prejudicados (ainda que em estimativa). A Corte Constitucional modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade levando em conta um pedaço muito pequeno da situação em relação à qual se debruçava.

3.2.18 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.317

Na ação direta mencionada neste tópico, pleiteava-se a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 20 e do § 2º da Lei Complementar nº 11795/2002, do Rio Grande do Sul.

Os dispositivos da legislação estadual em análise estabeleciam formas de apuração de antiguidade na carreira de Defensor Público, para fins de promoção, conferindo vantagem àqueles que contassem com maior tempo de serviço público naquele Estado.

A relatoria do feito aduziu haver inconstitucionalidade formal porquanto a iniciativa de lei estabelecidora de pontos atinentes à carreira de Defensoria Pública ser de iniciativa privativa do Defensor Público Geral.

Também se fundamentou que lei estadual não poderia disciplinar objeto que seria próprio da Lei Orgânica da Defensoria Pública. Assim, não haveria normatização nacional reconhecendo o tempo de exercício como critério válido para influenciar em desempate com vistas à promoção na carreira dos Defensores Públicos.

Por ofensa à isonomia, o Supremo Tribunal Federal, segundo a relatoria do processo, vinha reconhecendo a inconstitucionalidade de textos normativos oriundos de Estados-membros nos quais fossem estabelecidos critérios de desempate (para fins de promoção) diversos do exercício da carreira pública da qual fizesse parte o agente contemplado pela promoção.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade levada a efeito se deu com base no seguinte parágrafo:

14. Tendo-se em conta o princípio da segurança jurídica, propõe-se a atribuição de eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade a contar da publicação da ata de julgamento, com fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, para que sejam resguardados atos praticados sob a égide das normas impugnadas.

Ora, é bem verdade que a segurança jurídica dos beneficiários da regra cuja inconstitucionalidade se declarara pareceu ameaçada. Mas a relatora do caso não logrou demonstrar como a segurança jurídica seria ameaçada, nem se aproximou satisfatoriamente da situação sob enfoque para poder estabelecer a medida do atingimento da segurança jurídica dos interessados.

Por outro lado, não se levaram em consideração os direitos e interesses de outras pessoas que – porventura – pudessem ser prejudicadas, *rectius*, foram efetivamente prejudicadas em função da aplicação da lei declarada inconstitucional. Na mesma proporção que determinados Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul tiveram – em nome da segurança jurídica – seu patrimônio protegido pela modulação ora apresentada, outros tiveram seu patrimônio jurídico atingido, dada a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei cuja vigência lhes prejudicara.

Apenas um grupo de direitos foi avaliado: o dos primeiros. O texto da decisão que carrou a modulação não se debruçou sobre a questão como um todo.

3.2.19 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.283

Na ação direta de inconstitucionalidade em tela, questionava-se a validade constitucional dos incisos V e VI, do parágrafo único, do artigo 185, da Lei Complementar nº 34/1994, que é a Lei Orgânica do Ministério Público mineiro.

Os dispositivos acima indicados dispunham sobre critérios para apuração de antiguidade na carreira ministerial. Mais precisamente, determinavam que, em caso de empate na aferição da antiguidade, uma das preferências seria em favor de quem tivesse maior número de filhos (conforme o inciso V); ou em favor de quem fosse mais antigo no serviço público estadual (de acordo com o inciso VI).

A inconstitucionalidade dos dispositivos descritos foi sustentada em raciocínio que tomava como ponto de partida o artigo 129, § 4º, da Constituição Federal, conforme o qual ao Ministério Público se aplica, no que couber, o previsto no artigo 93 da Carta Constitucional. Na conformidade do citado artigo 93, apenas Lei Complementar de iniciativa da Suprema Corte poderia dispor sobre estatuto da magistratura. Dentro de tal ensejo, lei estadual não poderia disciplinar matéria que seria própria da Lei Orgânica do Ministério Público, muito menos trazer disposições contrárias a ela.

Assim, foi suscitada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para se estabelecer que uma lei estadual não poderia alterar matéria de competência de Lei Complementar de caráter nacional. Além disso, não havia normatização nacional adotando o número de filhos de determinado promotor como critério para que este desempatasse sua antiguidade com outro colega.

Declarada, então, a inconstitucionalidade do referido texto normativo de Minas Gerais, a modulação se deu no seguinte parágrafo:

13. Tendo-se em conta o princípio da segurança jurídica, propõe-se a atribuição de eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade a contar da publicação da ata de julgamento, com fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, para que sejam resguardados atos praticados sob a égide das normas impugnadas e os desdobramentos nefastos que poderiam advir dessa decisão, considerando circunstâncias que já podem ter orientado atos, incluídos de aposentadoria, por exemplo, consumidos sob a égide das normas declaradas, agora, inconstitucionais.

Os mesmíssimos apontamentos feitos no item anterior cabem aqui: apenas se viu a segurança jurídica em favor dos promotores que foram beneficiados pela lei inconstitucional quando de sua vigência. Outros direitos fundamentais oriundos da irradiação de efeitos da lei inconstitucional não foram avaliados.

Ou seja, até se identificou o direito fundamental envolvido no caso em tela. Todavia, não houve a devida aproximação do caso sob análise para se ver como seria feita a ponderação a influir na modulação. Tampouco se haveria outros elementos fundamentais a não permitirem a modulação empregada.

Apenas se fossem levadas em consideração as coordenadas da situação analisada é que se poderia verificar o problema em sua inteireza.

3.2.20 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.098

A Lei Ordinária nº 10.678/2017, do Estado do Maranhão, teve sua higidez constitucional questionada na ação direta em tela.

A referida lei estadual estabelecia disposições a respeito de contratação de pessoal – pela administração penitenciária estadual – por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária.

Entendeu-se que a contratação possibilitada por tal lei maranhense estava em situação de inconstitucionalidade, em função de haver proibição de contratação temporária para cargos na administração penitenciária, na conformidade do estabelecido pela Emenda Constitucional nº 109/2019. A aludida Emenda Constitucional obriga que o provimento dos quadros para tal função seja mediante concurso público.

Ademais, também se entendeu que a contratação temporária em análise não atenderia ao caráter de excepcionalidade.

Determinou-se que, ou o estado maranhense realizasse certame público, ou aproveitasse cargos públicos equivalentes para dar conta das respectivas atividades.

A modulação dos efeitos da inconstitucionalidade em tela veio a partir do seguinte trecho do voto do relator:

Por razões de segurança jurídica, proponho a modulação dos efeitos desta decisão, para que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade só tenham eficácia a partir de 2 anos, contados da publicação da ata deste julgamento.

Ora, com todo respeito, não se sabe qual direito fundamental foi resguardado aí. Não parece haver razão na evocação da segurança jurídica, haja vista que os cargos eram temporários, logo não haveria, em sua extinção, ofensa à calculabilidade, nem à previsibilidade, nem à confiabilidade – elementos da segurança jurídica, conforme apontado no capítulo primeiro desta tese.

Talvez se pudesse argumentar algo no âmbito da administração penitenciária, e que os cargos garantiriam melhores condições ao sistema prisional maranhense. Todavia, isso

não foi lançado na fundamentação, não se chegou suficientemente perto da situação analisada para tanto.

E, por último, não se sabe por qual razão deu-se o prazo de dois anos como fixação do marco a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade em tela surtiria efeito.

3.2.21 Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.126

A ação direta em tela pugna pela inconstitucionalidade do artigo 4º, da Lei distrital nº 794/1994, que dispunha a respeito de incorporação de gratificação em favor dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Distrito Federal. A gratificação a ser incorporada dizia respeito ao exercício da presidência daquela Corte de Contas. Ou seja, o Conselheiro de Contas que exercesse a presidência daquele colegiado acresceria ao seu patrimônio jurídico a gratificação recebida pela referida circunstância.

Entendeu-se inconstitucional o texto normativo inquinado porque criara uma gratificação equivalente à qual fazem jus os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal sem, contudo, haver previsão legal equivalente. Segundo o relator, seria legítima disposição legal para instituir gratificação aos Conselheiros pelo exercício da presidência da Corte de Contas distrital, caso fosse prevista em lei, favoravelmente aos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, bem como sua incidência fosse limitada ao período no qual ocorresse o exercício da presidência do Tribunal de Contas do Distrito Federal pelo respectivo Conselheiro.

Nesse sentido, o relator aduziu haver contrariedade ao artigo 73, § 3º, da Constituição Federal, tanto na redação original de tal texto, quanto na redação empregada pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade visitada se deu com base no seguinte fundamento:

Considerando o tempo em que o dispositivo ora declarado inconstitucional permaneceu em vigor, proponho a modulação temporal dos efeitos da decisão para dar efeito *ex nunc* a decisão, de modo a assentar a irretroatividade do entendimento quanto aos valores já auferidos e às aposentadorias já concedidas, inclusive as pensões destas geradas.

Veja-se que o texto usado pelo relator para fundamentar a modulação de efeitos serviria para balizar qualquer modulação de efeitos em qualquer declaração de inconstitucionalidade, desde que decorrido determinado interregno entre o início da geração de efeitos do ato legislativo e sua respectiva impugnação no Supremo Tribunal Federal.

Mais uma vez, não se vê um olhar dedicado ao caso em si e às nuances que ele eventualmente pudesse apresentar para fins de ferimento de direitos fundamentais de modo que se adotasse a respectiva proteção a eles. Que a segurança jurídica dos contemplados pela modulação foi afrontada, sabe-se; o que não se sabe é a dimensão de eventual prejuízo que a modulação empregada tenha acobertado em desfavor dos cofres estatais.

3.2.22 Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.472

A ação direta acima numerada tinha por objetivo expurgar do ordenamento jurídico a Emenda Constitucional – do Estado do Rio Grande do Sul – nº 51/2005, a qual estabelecia disposições referentes à remuneração, garantias e impedimentos em relação aos auditores substitutos de conselheiros do Tribunal de Contas gaúcho.

Entendeu-se haver inconstitucionalidade formal na normatização em questão, uma vez que o relator chegou à conclusão de que haveria obrigatoriedade de os Estados e o Distrito Federal adotarem o modelo federal para seus respectivos Tribunais de Contas.

Também se entendeu haver inconstitucionalidade por vício de iniciativa, haja vista que o projeto que deu ensejo à Emenda à Constituição daquele Estado aconteceu por iniciativa parlamentar. Para o relator do caso no Supremo Tribunal Federal, a iniciativa deveria advir do próprio Tribunal de Contas.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sofreram modulação conforme o seguinte parágrafo, ora transcrito:

9. Considerando os efeitos negativos da declaração de inconstitucionalidade apontada, para que não se tenha o vazio normativo decorrente desta decisão, verifico estarem presentes os requisitos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, pelo que proponho sejam modulados os efeitos do julgado, para que somente venha a produzir eficácia após doze meses da publicação da ata de julgamento.

Em se vislumbrando o texto acima transcrito, percebe-se a indicação de que o relator, com todo respeito, não se debruçou sobre o caso havido no processo para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sob exame.

O relator apenas faz alusão ao artigo 27 da Lei 9.868/1999, mas sequer se dispõe a destacar se é a segurança jurídica ou se é o excepcional interesse social que balizam a modulação empregada. Também não se articulam quais elementos fazem incidir no caso objeto de avaliação a necessidade de modulação.

Ainda, tampouco foram explicitadas as razões pelas quais se entendeu que aquele julgamento deveria surtir efeito apenas doze meses após a publicação de sua respectiva ata.

3.2.23 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.907

A ação direta acima numerada declarou a inconstitucionalidade da Portaria nº 954/2001 exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que disciplinava horário de trabalho dos servidores do Poder Judiciário daquele Estado. O vício era de natureza formal. Segundo a Corte Constitucional, o Tribunal Estadual poderia ter tratado do referido tema, contudo o instrumento para tanto seria uma resolução, e não uma portaria, como se deu na espécie.

Para a utilização do mecanismo da modulação dos efeitos, o relator apenas afirmou que “[n]os termos do art. 27 da Lei 9.868, proponho aos colegas a restrição dos efeitos desta decisão, para não causar prejuízos desproporcionais”.

O que há de ser observado aqui é que a Portaria indicada estabelecia horários de funcionamento que não diziam respeito ao expediente comercial geralmente observado. De acordo com seu artigo 1º, o expediente, em determinada vara, seria das oito às quatorze horas. Numa outra unidade, o horário seria das doze às dezoito. Já em outra estrutura, o funcionamento se daria das oito às doze horas, e, depois de um intervalo, o funcionamento voltaria às 14 para se encerrar às 17 horas.

Em sendo assim, o questionamento é cabível: por que deveria haver a modulação? Os servidores do Poder Judiciário do Amazonas laboraram em horários diferentes? Não

deveria haver compensação de horários? Qual direito fundamental haveria de se resguardar com a mencionada modulação?

Isso não fica hialino com a fundamentação lavrada. Não parece ter ocorrido a necessária aproximação ao caso objeto de avaliação para a devida utilização da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ora vista.

O que se quer dizer é que, considerando-se o fio adotado nesta tese (segundo o qual a modulação deve se dar para garantir que algum direito fundamental não venha a sofrer determinada consequência negativa em razão do efeito retroativo da nulidade oriunda da declaração de inconstitucionalidade), depois de se vislumbrarem as características havidas no caso objeto de avaliação em análise, não se acham direitos fundamentais ameaçados pela ação *ex tunc* dos efeitos de presente declaração de inconstitucionalidade. Ou seja, não se sabe, vendo o caso em tela, quais direitos fundamentais foram protegidos com a modulação empregada no caso tratado neste item.

3.2.24 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.580

A ação direta de inconstitucionalidade nº 3.580 atacava a Lei nº 12.919/1998, do Estado de Minas Gerais, que, regrando o concurso para cargos nos serviços notariais daquele Estado, conferia títulos àqueles candidatos que já tivessem prestado serviços notariais e que tivessem apresentado trabalhos em congressos com a temática notarial.

O relator entendeu que foi criado um privilégio excessivo com a normatização acima referenciada, de modo que o ato normativo impugnado representava afronta ao princípio da isonomia. Nesse caso, disse o relator, “*cria-se um verdadeiro privilégio a um determinado grupo de candidatos em detrimento dos demais*”.

O relator, com vistas à modulação dos efeitos do julgamento em tela, apenas mencionou o seguinte:

Considerando os atos realizados até a suspensão dos dispositivos em comento em 8.2.2006, no julgamento da cautelar, voto pela modulação de efeitos, de modo que a declaração de inconstitucionalidade só tenha efeitos a partir da concessão da medida cautelar.

Como se atesta da leitura do trecho do voto do relator que modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ora analisada, não houve avaliação de direito fundamental a ser protegido pela referenciada modulação.

A segurança jurídica dos beneficiados pelo ato normativo cuja inconstitucionalidade se declarara poderia ser atingida caso, eventualmente, não houvesse a modulação? Talvez. Mas seria necessário o ministro relator tecer maiores e melhores considerações sobre o caso objeto de avaliação para se sustentar uma modulação de efeitos.

3.2.25 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.660

A ação direta acima numerada veiculava impugnação de uma determinada tabela que compunha anexo da Lei nº 1.936/1998, do Estado do Mato Grosso do Sul.

A referida tabela indicava a destinação a certas entidades privadas do produto de arrecadação de custas judiciais. Entidades como a Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul; Associação Sul-mato-grossense do Ministério Público; Colégio Notarial do Brasil; Caixa de Assistência dos Advogados de Mato Grosso do Sul; Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul; Associação dos Procuradores do Estado de Mato Grosso do Sul; Sindicato dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul; e Sindicato dos Servidores da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, dentre outras, eram beneficiárias dos repasses.

O relator sustentou a inconstitucionalidade do texto normativo por ser vedada a destinação dos valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado, como era o caso em apreço.

O relator ainda acresceu às razões acima indicadas o fato de o artigo 98, § 2º, da Constituição Federal (em redação advinda com a Emenda Constitucional nº 45/2004), dar destinação exclusiva às custas e emolumentos para serviços específicos da Justiça.

A fundamentação para sustentar a modulação dos efeitos adotada foi a seguinte:

Tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, aplico o art. 27 da Lei nº 9.868/99, para atribuir à declaração de inconstitucionalidade efeitos a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 32.12.2004.

Da breve descrição feita em relação às entidades que eram beneficiárias dos efeitos do ato normativo cuja inconstitucionalidade se declarara, não se sabe quais direitos fundamentais seriam atingidos por eventual operação *ex tunc* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sob verificação.

Não consta da fundamentação da modulação (que se deu apenas naquelas poucas linhas acima transcritas) qual direito fundamental incidente no caso objeto de avaliação seria resguardado com a medida modulatória.

Por outro lado, valores que deveriam ser aplicados às atividades do Poder Judiciário não o foram porque indevidamente – *rectius*, inconstitucionalmente – foram para cofres de entidades privadas.

O direito fundamental do acesso à justiça (que pode ter sofrido golpes em função de destinação errônea dos recursos arrecadados pelo Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul) talvez fosse mais importante, neste caso, objeto de avaliação. Não seria mais consentâneo com a proteção aos direitos fundamentais fazer com que as entidades listadas devolvessem os valores recebidos?

Também não se lançaram as motivações de se ter adotado como marco temporal para a operação da modulação a data da Emenda Constitucional indicada, advinda no ano de 2004, uma vez que o próprio relator, para sustentar a inconstitucionalidade, indicou fundamentação que incidia antes da Emenda nº 45.

Eis a tabela que resume o levantamento acima apresentado:

Tabela 1: ações diretas cujas fundamentações foram avaliadas

ação direta nº	adequadamente fundamentada?
2.791	não
3.628	não
3.791	não
4.639	não
2.904	não
4.641	não
4.590	não
3.430	não

3.609	sim
3.796	não
5.736	sim
4.233	sim
4.782	não
5.681	não
2.682	não
6.762	não
6.741	não
7.317	não
7.283	não
7.098	não
6.126	não
6.472	não
2.907	não
3.580	não
3.660	não

Fonte: endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

3.3 LEVANTAMENTO COMPLEMENTAR AO RELATADO NO ITEM 3.2

Conforme se indicou no item:1.4.5, o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258, na qual se julgou improcedente o pedido de acolhimento de inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/1999, deu-se relativamente há pouco tempo. O feito foi julgado em 03 de abril de 2023.

Como o referido julgamento ocorreu já nos dias finais de escrita desta tese, aproveitou-se para, entre o fim da escrita e a data da banca de defesa, realizar-se novel levantamento para se verificar como o Supremo Tribunal Federal, já com o advento de seu posicionamento a respeito da constitucionalidade do instituto legal que prevê a modulação, vem tratando as modulações a partir de então.

Em sendo assim, recorreu-se, mais uma vez, ao painel do programa Corte Aberta (acessado a partir de aba constante do portal do Supremo Tribunal Federal na rede internacional de computadores).

Acessou-se, no dia 31 de dezembro de 2023, o link *painéis*, de modo que se apresentaram os painéis estatísticos do Supremo. Fez-se, então, acesso no link *decisões*.

No painel de decisões, foram feitas filtrações. Selecionou-se o ano de 2023 e, no elemento *filtros*, situado no campo superior esquerdo da interface constante da tela, especificou-se: a *classe de processo* (adin's); o *tipo de decisão* (colegiada); e o *subgrupo de andamento de decisão* (definitiva). Essa operação retornou um total de 339 decisões.

Assim, baixou-se a planilha gerada por essas filtrações. Com a utilização de localização de expressões textuais, encontraram-se as decisões que modularam os efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

Por último, conferiram-se as datas nas quais os julgamentos se deram, de modo que foram selecionados julgamentos ocorridos após o dia 03 de abril, que, conforme acima mencionado, foi o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258.

Encontraram-se, depois dessas filtrações, 16 (dezesesseis) acórdãos, proferidos em sede de ação direta de inconstitucionalidade nos quais se modularam efeitos das respectivas declarações. Esses acórdãos foram checados, e seguem no relato constante dos itens subsequentes.

A partir dessa varredura, acredita-se que se viram todas as ações diretas de inconstitucionalidade julgadas no interregno acima apontado. Ainda que não se tenham encontrado todas as ações (hipótese não qual não se acredita), é fato que se chegou a quase todas, de modo que a amostra ilustra bem como o Supremo vem fundamentando – ou não – suas modulações. Ou seja, é uma boa amostragem.

Dos julgados identificados, dois deles ainda não tinham seus acórdãos disponibilizados no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, quais sejam, as ações: 6.532 e 3.834.

Havia outras que já foram objeto de avaliação no item 3.2, acima. São elas: ação direta de inconstitucionalidade 7.317 (avaliada no item 3.2.18); ação direta de inconstitucionalidade 7.283 (avaliada no item 3.2.19); ação direta de

inconstitucionalidade 6.472 (vista no item 3.2.22); ação direta de inconstitucionalidade 6.126 (vista no item 3.2.21).

Feitas essas considerações, ver-se-á, doravante, o relato das fundamentações das ações restantes em relação às respectivas modulações de efeitos.

3.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.312

A ação em tela impugnava dispositivo da Lei Complementar nº 164/2010, do Estado de Roraima, que reorganiza a Defensoria Pública daquele Estado. O dispositivo impugnado estabelecia critérios para a remoção de defensores públicos daquela unidade da federação, dispondo que, em casos de empate na remoção, teria preferência, entre outros, o membro com o maior tempo de serviço público.

O dispositivo foi tido por inconstitucional, por violação da isonomia. Todavia, houve modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A modulação se deu com base nas seguintes manifestações:

Visando manter a coerência e a harmonia dos precedentes da Corte (v.g. ADI nº 7.286, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/6/23; ADI nº 7.317, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 10/5/23; e ADI nº 7.283, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 10/5/23), proponho a modulação temporal dos efeitos da decisão para atribuir à declaração de inconstitucionalidade eficácia ex nunc, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, resguardando todos os atos praticados sob a égide da norma ora declarada inconstitucional.

Como se vê do trecho transcrito, faz-se alusão à ação direta número 7.317. Viu-se a referida fundamentação, no item 3.2.18 acima, como exemplo de não se ter aproximado suficientemente do caso em análise.

Em sendo assim, fazem-se aplicáveis, aqui, os pontos lá levantados, no sentido de ter sido correta a identificação de possível afronta à segurança jurídica dos beneficiários da regra cuja inconstitucionalidade fora declarada.

Todavia, não se consideraram os direitos e interesses de outras pessoas prejudicadas pela modulação. Ou seja, a parte da decisão que modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sob análise não se debruçou sobre a questão como um todo.

3.3.2 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.310

Na ação direta de inconstitucionalidade acima numerada, o Procurador-Geral da República atacava dispositivo da Lei Complementar nº 575/2012, do Estado de Santa Catarina, que estabelecia critérios para a remoção de defensores públicos estaduais.

Segundo o dispositivo, teria preferência na remoção, em caso de empate, o Defensor com maior tempo de serviço público no Estado e, sucessivamente, o membro com o maior tempo de serviço público em geral.

O trecho veiculador da modulação a fez repetindo *verbum ad verbum* o acima transcrito.

Em sendo assim, evocam-se – igualmente – os comentários anteriormente feitos. A fundamentação para a modulação não se aproximou satisfatoriamente do caso levado à análise.

3.3.3 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.295

A presente ação direta de inconstitucionalidade também tem certo traço de similaridade com as avaliadas acima. Na ação titulada, a Procuradoria-Geral da República impugnava dispositivo da Lei Complementar nº 93/1993, do Estado de Rondônia, que estabelecia critérios para a apuração da antiguidade na carreira de membro do Ministério Público estadual. Caso houvesse empate, teria preferência o membro com maior tempo de serviço prestado ao Estado.

O texto alicerce da modulação era igual ao parágrafo transcrito no item da 7.312 (assim como na ação direta 7.310).

Em assim sendo, repetem-se os comentários feitos nos itens acima.

3.3.4 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.302

Os mesmos comentários feitos nos itens 3.3.1, 3.3.2, e 3.3.3, acima, igualmente se prestam ao presente tópico. A fundamentação também se deu em trecho igual ao transcrito no item 3.3.1. e o caso também guardava alguma similitude com aquele.

Aqui se tratou de ação direta de inconstitucionalidade manejada pela Procuradoria-Geral da República, na qual se veiculava impugnação a dispositivo da Lei Complementar nº 111/2005, do Estado de Mato Grosso do Sul, que difundia disposições sobre a Defensoria Pública daquele Estado. Também se cuidava de critérios referentes à promoção, com favorecimento – em caso de empate – a Defensores com maior tempo de serviço àquele Estado ou com maior tempo de serviço público em geral.

3.3.5 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.306

Na ação direta em tela, se impugnavam dispositivos da Lei Complementar nº 26/2006, na redação dada pela Lei Complementar nº 46/2018, todas do Estado da Bahia. O ataque se dava a regras para aferição de antiguidade e remoção de Defensores Públicos da Bahia, adotando como critério o tempo de serviço público naquele Estado, bem como o tempo de serviço público em geral.

Assim como nos itens acima, a inconstitucionalidade se deu em função de quebra de isonomia.

A modulação de efeitos ocorreu com base no seguinte trecho:

Fixada a invalidade das normas, passa-se a analisar o pleito subsidiário de modulação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade, formulado pelos interessados em suas informações. Na hipótese dos autos, penso que, de fato, deve se aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 para afastar a produção de efeitos retroativos. Isso porque o dispositivo questionado já serviu como base para a movimentação de defensores públicos estaduais e a declaração de sua nulidade *ex tunc* poderia levar à descontinuidade administrativa e à invalidação dos atos praticados pelos defensores. Por isso, entendo que razões de segurança jurídica recomendam que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos *ex nunc*, mantida a validade de todos os atos de remoções e de promoções praticados com base na lei impugnada até a publicação da ata de julgamento deste processo.

Aqui o caso é interessante, pois se identifica o direito fundamental que poderia sustentar a modulação, qual seja, a segurança jurídica.

Todavia, a Corte não se aprofunda no caso sob exame (não se aprofunda no problema) e tampouco verifica consequências da decisão adotada. Por exemplo, no trecho acima transcrito, se vê que o relator afirma que a operação retroativa dos efeitos “*poderia levar à descontinuidade administrativa e à invalidação dos atos praticados pelos defensores*”.

Todavia, não fica muito estabelecido como poderia haver invalidação. Isso somente aconteceria caso houvesse maior aprofundamento no problema, o que não ocorreu.

3.3.6 Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.282

Os mesmos comentários que encerram o tópico acima se prestam aqui. Ou seja, não houve razoável aproximação do problema colocado para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade titulada.

Esta se trata de ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto o dispositivo da Lei Complementar nº 416/2010, na redação dada pela Lei Complementar nº 651/2020, do Estado do Mato Grosso. O dispositivo cuja impugnação se dava cuidava de normatização para aferição da antiguidade de Promotores e Procuradores de Justiça, estabelecendo, como um dos critérios, o tempo de serviço público. Então, era similar à ação direta do item acima.

Afirma-se que os comentários feitos no tópico passado servem ao presente porquanto a modulação se dera em trecho que repetia as mesmas letras do excerto acima transcrito. Logo, as manifestações expendidas no tópico passado se aplicam aqui.

3.3.7 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.510

A presente ação direta trazia ataque às Leis Complementares nº 131/2010 e 92/2002, do Estado do Paraná. Os dispositivos impugnados diziam respeito à reestruturação da carreira de Agente Fiscal da Coordenação da Receita daquele Estado.

O Supremo deu interpretação conforme aos dispositivos atacados para afastar qualquer aplicação que pudesse dar azo a eventual investidura sem concurso público.

O fundamento para a modulação veio nos seguintes dizeres:

As alterações legislativas em exame vigoraram por cerca de 20 (vinte) anos com presunção de constitucionalidade até a presente data. Nesse contexto, a atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade promoveria ônus excessivo e indesejável aos servidores admitidos em concurso público com fundamento nas normas impugnadas, bem como àqueles que se aposentaram ou que, ao tempo do julgamento de mérito, já haviam implementado os requisitos para aposentaria com base no diploma em vigor. Assim, considero necessária a modulação temporal de efeitos da decisão de inconstitucionalidade a ser proferida.

Depois desse trecho, o relator ainda lança mais parágrafos sobre a segurança jurídica (de maneira geral, não conectada ao caso em análise).

Ele, então, apresenta a seguinte proposta de modulação:

Proponho, assim, a modulação de efeitos, consoante os termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, de modo que a decisão seja eficaz somente a partir da publicação da ata deste julgamento, a fim de: (i) preservar os atos praticados pelos servidores investidos irregularmente no cargo de Auditor Fiscal; e (ii) ressalvar as situações consolidadas exclusivamente para fins de aposentadoria, ou seja, os aposentados e os indivíduos que implementaram os requisitos para a aposentadoria até a data da publicação da ata deste julgamento.

Posteriormente, o relator pede um aditamento ao voto para propor a seguinte forma de modulação dos efeitos:

(i) produzir efeitos a partir de 2 (dois) anos contados da publicação da ata deste julgamento; (ii) preservar os atos praticados pelos servidores investidos irregularmente no cargo de Auditor Fiscal, inclusive nesse período de 2 (dois) anos; (iii) congelar, na data da publicação da ata deste julgamento, o valor nominal das remunerações vigentes dos servidores afetados pela decisão; e (iv) ressalvar as situações consolidadas exclusivamente para fins de aposentadoria, ou seja, os aposentados e os indivíduos que implementaram os requisitos para a aposentadoria até a data da publicação da ata deste julgamento.

A questão referente à segurança jurídica foi bem localizada, de modo que, ao que parece, esse – de fato – era o problema a partir do qual deveria se buscar a solução, e a segurança jurídica – de fato – era o direito fundamental a ser protegido.

Contudo, nas propostas de modulação acima, não fica bem estabelecido – não demonstrado por meio do *logos* – o parâmetro dos marcos adotados para a modulação.

A proposta vencedora para a modulação foi a primeira. E os ministros a ela aderiram com dizeres vagos ou, então, apenas afirmando que acompanhavam essa ou aquela proposta.

Ou seja, o direito fundamental a ser protegido foi bem diagnosticado. Todavia, o fato tempo da modulação não foi demonstrado a contento.

3.3.8 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.915

Na ação direta de inconstitucionalidade em tela, impugnavam-se os Decretos nºs 26.247/2000 e 26.248/ 2000, do Estado do Rio de Janeiro. Tais diplomas normativos fixavam pisos salariais, em favor dos ocupantes de cargos e funções no serviço público

estadual, e gratificação de encargos especiais, em favor de policiais civis e militares estaduais.

Os textos foram tidos por inconstitucionais porque o tema merecia lei específica:

Tendo em vista o longo tempo de vigência dos dispositivos cuja inconstitucionalidade ora se declara, mostra-se adequada a modulação dos efeitos da decisão, olhos postos na segurança jurídica (Lei n. 9.868/1999, art. 27).

Ambos os decretos produzem efeitos sobre a remuneração de servidores ou empregados públicos.

Em relação às parcelas percebidas de boa-fé pelos servidores públicos, a jurisprudência do Supremo é firme no sentido de que não devem ser devolvidas, considerada a natureza alimentar dos valores.

Apesar de o direito fundamental à segurança jurídica ter sido identificado, não se fizeram maiores – e nem mais profundas – considerações a respeito dos efeitos que a modulação poderia ter, sobretudo em desfavor dos cofres públicos.

Sim, é possível que a modulação tivesse lugar; mas a fundamentação não mostrou como o magistrado prolator do voto em análise cumpriu as coordenadas necessárias à modulação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada.

3.3.9 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.037

A ação direta de inconstitucionalidade acima numerada carrega impugnação às Leis nºs 11.920/2003, 12.376/2005 e 15.246/2019, do Estado do Rio Grande do Sul. Os referidos diplomas normativos faziam com que resultados de consultas populares referentes a investimentos públicos tivessem caráter vinculante, de modo que deveriam constar – necessariamente – da proposta orçamentária do Governador daquele Estado. Essa imposição de vontade ao Governador seria inconstitucional, segundo o relator e a Corte.

A modulação dos efeitos se deu com base nos seguintes dizeres:

Por último, registro que seria inviável o desfazimento das disposições das leis orçamentárias anuais e, conseqüentemente, das despesas públicas realizadas com fundamento em consultas e deliberações populares, nos termos do diploma legal questionado.

Assim, por motivos de segurança jurídica e de excepcional interesse social, a invalidez da norma declarada inconstitucional haverá de ser observada a partir do trânsito em julgado da presente decisão (Lei n. 9.868/1999, art. 27).

O segundo parágrafo acima transcrito evoca a segurança jurídica e o excepcional interesse social. Todavia, se for tomada a redação do parágrafo anterior, a modulação se daria mais por inviabilidade de desfazimento dos efeitos da lei inconstitucional do que – propriamente – de segurança jurídica ou de interesse social. Em verdade, aqui não parece ser questão de a modulação ser necessária; antes, ela parecia inevitável.

3.3.10 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.093: um interessante exemplo de decisão que parece buscar a solução a partir do problema apresentado

Já a ação direta de inconstitucionalidade ora titulada trazia pedido de ataque à Lei nº 1.888/1991, do Estado do Rio de Janeiro, que tratava da realização do estágio supervisionado, educativo e profissionalizante. Essa era uma medida em favor de estudantes do ensino regular ou supletivo, com idade entre 14 e 18 anos incompletos.

Entendeu-se que havia usurpação de competência da União para legislar sobre direito do trabalho.

Entende-se que a modulação de efeitos se deu de forma esdrúxula. O relator buscou uma solução a partir do problema e identificou, de forma fundamentada, os direitos fundamentais a serem protegidos pela modulação de efeitos.

Não obstante, é preciso ponderar também que a lei em comento, de 1991, possui mais de vinte anos, de forma que, atualmente, muitos dos estágios em vigor possuem tal diploma normativo como substrato. Centenas e possivelmente milhares de jovens, no Rio de Janeiro, portanto, realizam seus estágios com base em tal lei. Em uma realidade acentuada pelas desigualdades sociais, reconheço que a declaração de inconstitucionalidade de tal diploma normativo, assim, deve levar em consideração suas repercussões no mundo fático.

É dizer, pondero que a extirpação *tout court* de lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc* pode ser ainda mais prejudicial à sociedade, na medida em que pode invalidar situações constituídas, de boa-fé, pelo decurso do tempo de mais de 21 anos e deixa de combater quadro de imperfeição normativa.

Seria como se o Tribunal, a fim de conferir concretização ao princípio da nulidade da lei inconstitucional e assegurar a força normativa da Constituição, deixasse de contemplar, na devida e justa medida, realidades concretas que não podem ser desfeitas e a aplicabilidade dos postulados da segurança jurídica e do interesse social.

Depois de tecer mais algumas considerações, o relator volta a tratar o ponto, identificando, inclusive, o direito à educação na vertente de preparo para o trabalho:

Ora, a legislação vergastada está direcionada à disciplina do estágio supervisionado, educativo e profissionalizante concedido por empresas ou entidades de direito público, sob a forma de bolsa de iniciação ao trabalho e aprendizado, ao menor, entre 14 e 18 anos incompletos, que frequente ensino regular ou supletivo.

Cuida-se de tema de envergadura maior, ao qual a Carta da República outorgou status jurídico de relevância a partir dos preceitos encerrados no Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto.

Mais adiante, o relator – após alguns parágrafos – entra na transitoriedade temporal, ou seja, já no campo operativo da modulação:

Reitero, o diploma em comento é de 10 de novembro de 1991. A lei federal que veio a disciplinar a matéria foi editada somente em 25 de setembro de 2008, quase 17 anos depois. Por não se coadunar com a parametrização fixada pela Lei n. 11.788/2008, não pode prevalecer, mas compete a esta Corte sopesar tais circunstâncias ao proferir seu pronunciamento.

Com efeito, parece-me, assim, em *obiter dictum*, ser prudente que haja nova atividade legislativa pelo Estado fluminense, a fim de que novo diploma legislativo atenda, doravante, aos ditames fixados na Lei federal 11.788/2008, prevendo o termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino como requisito para a formalização da relação de estágio, além da compatibilidade das atividades desenvolvidas com aquelas previstas no referido termo. Tal solução atende, assim, à independência e harmonia entre os Poderes, preservando-se a competência do Legislativo do Rio de Janeiro.

Feita a ponderação, até que isso venha a ocorrer, há de se buscar solução razoável e que componha os diversos interesses da sociedade em jogo, visando a compatibilizar, em determinado horizonte de tempo, a legislação impugnada com o arcabouço jurídico, preservando-se não só a respeitável vontade do legislador em concretizar os ditames constitucionais, bem como as inúmeras relações estabelecidas de boa-fé entre instituições e educandos nos últimos 21 anos. Daí porque reputo ser razoável que haja modulação dos efeitos, a fim de que esse julgado passe a surtir efeitos após o prazo de 24 meses a contar da publicação da ata de julgamento.

Os trechos ora visitados são interessantes. Eles indicam que o magistrado se aproximou do problema, buscou a compatibilização do direito fundamental a ser protegido pela modulação e as circunstâncias que fizeram que o dito direito estivesse em rota de colisão com os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade.

A bem da verdade, o relator poderia ter indicado o porquê de adotar o prazo de 24 meses para que a decisão de inconstitucionalidade surtisse efeitos. De todo modo, a decisão cujos trechos foram transcritos enfrenta o problema e se aprofunda no exame dos direitos fundamentais a serem atingidos pela inconstitucionalidade declarada.

O resumo do levantamento ora apresentado cabe na seguinte tabela:

Tabela 2: ações diretas julgadas após o julgamento da adi 2.258 cujas fundamentações foram avaliadas

ação direta nº	adequadamente fundamentada?
7.312	não
7.310	não
7.295	não
7.302	não
7.306	não
7.282	não
5.510	não
2.915	não
2.037	não
3.093	sim

Fonte: endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

3.4 ANOTAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE OS LEVANTAMENTOS REALIZADOS

Como se vê, na maioria dos casos pesquisados, o Supremo Tribunal Federal não faz uma aproximação mais rente ao caso objeto de avaliação para verificar os direitos fundamentais que possam eventualmente ser protegidos pela modulação de efeitos.

O que é interessante apontar é que – apenas pela verificação dos acórdãos lançados – nota-se que há direitos fundamentais que podem ser atingidos caso as nulidades provenientes das declarações de inconstitucionalidade operem efeitos retroativos.

Todavia, em vários casos, as fundamentações não logram descrever de maneira mais esmiuçada como uma nulidade *ex tunc* de uma declaração de inconstitucionalidade atingiria um direito fundamental que se encontra no pano de fundo de uma modulação.

O ideal seria que o Supremo Tribunal Federal aprofundasse o exame do caso objeto de avaliação sob análise para dele extrair o postulado constitucional a ser preservado. Evoca-se, aqui, o que se manifestou no item 1.4.5, supra, quando se afirmou, sobretudo em função da transcendência dos motivos determinantes, que a Corte Constitucional terá a incumbência de seguir o programa que foi estabelecido por ocasião do julgamento da

ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258, no sentido de tecer fundamentação conectada com o caso em análise.

Também se reitera, aqui, o manifestado no item 1.5.1, no aspecto de a fundamentação da modulação de efeitos ter a ver com a legitimidade democrática a ser lograda pelo Supremo em cada caso levado à análise.

Assim, seria preservada a própria Constituição Federal em uma modulação. Em não se fazendo tais expedientes, a Carta Magna será simplesmente excetuada sem que se levem em consideração os direitos fundamentais porventura implicados. Assim, acabará sendo ofendida, dada a prevalência – ainda que em efemeridade – dos efeitos de um ato normativo inconstitucional.

4 TENTANDO IDENTIFICAR PONTOS A PARTIR DOS QUAIS A MODULAÇÃO SE FAZ NECESSÁRIA: QUESTÕES ATINENTES À UTILIZAÇÃO DO RITO SUMÁRIO NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (PREVISÃO DO ARTIGO 12 DA LEI 9.868/1999)

4.1 HÁ COMO SE IDENTIFICAR PONTOS A PARTIR DOS QUAIS A MODULAÇÃO SE FAZ NECESSÁRIA?

O eixo ao redor do qual gira este capítulo tem a ver com o trabalho que visa a identificar a partir de quais pontos deflui a necessidade da modulação.

Evidentemente, como a demora na tramitação de demandas judiciais é uma equivalente geral que atinge os feitos judiciais brasileiros, é normal pensar-se que aí está o único problema.

Sim, o decorrer do tempo entre o início da irradiação de efeitos de um ato normativo e a declaração de sua inconstitucionalidade é algo que robustece – via de regra – a necessidade de modulação de efeitos da correspondente declaração de inconstitucionalidade.⁸²

Neste capítulo, far-se-á um trabalho sobre questões atinentes ao julgamento sumário da ação direta de inconstitucionalidade e efeitos colaterais ocorridos a partir da adoção de tal rito.

O empreendimento ora proposto é tentar construir uma técnica processual para minorar efeitos de eventual demora na tramitação de feitos submetidos ao Supremo Tribunal Federal na avaliação das ações diretas de inconstitucionalidade. Tentar-se-á analisar se há algo ao alcance dos ministros da Suprema Corte para buscar fazer com que sejam

⁸² Todavia é percuciente salientar que – ainda que excepcionalmente – não é totalmente impossível que o fator tempo não tenha nenhuma ingerência sobre a necessidade de modulação. Nesse aspecto, recorre-se novamente ao caso utilizado no item 2.8 desta tese, de modo a ilustrar tal excepcionalidade, no sentido de que, naquele processo judicial, a necessidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade se deu por circunstâncias alheias ao interregno compreendido entre o início de vigência de ato normativo e a declaração de sua incompatibilidade com a Constituição.

apascentados os efeitos da eventual demora processual. Entende-se que sim, conforme se verá doravante.

4.2 SOBRE A DEMORA PROCESSUAL. E SOBRE O FATOR *TEMPO* NA TRAMITAÇÃO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Em diversos países, litigantes em processos judiciais precisam aguardar por anos para terem ao seu alcance uma decisão exequível (Cappelletti; Garth, 1988, p. 20). A morosidade na prestação jurisdicional é um dos principais obstáculos ao acesso à justiça, seja em ordenamentos estrangeiros, seja no Brasil⁸³. Esse problema, na visão de Ricardo Goretti Santos, é potencializado *“pela crescente busca pela prestação jurisdicional, somada à falta de recursos humanos e ao formalismo exagerado de nossa legislação processual”* (Coretti, 2012, p. 71). É fato que a demora na prestação judicial tem causas diversas, de modo a ser *“notório que, por diversas razões, o aparelho judiciário do Estado não tem atendido a contento as expectativas dos cidadãos no que tange à celeridade de seu funcionamento”* (Esteves, 2011, p. 15).

Também é importante frisar que, para além de acarretar problemas às pessoas que depositam suas esperanças de resolução de suas questões no Poder Judiciário, a demora judicial também é fator que carrega problemas à economia do país, como afirma José Rogério Cruz e Tucci, ao expor análise segundo a qual os países que apresentam uma administração da justiça adequada estimulam crescimento econômico, *“[t]odavia, um ordenamento que não preenche esses requisitos básicos dificulta o incremento empresarial e, por isso, acarreta sérios prejuízos à economia”* (Tucci, 1997, p. 116).

O que se escreveu acima serve para indicar que a demora na prestação jurisdicional é um problema ubíquo. É um problema que, antes de diferenciar o rito regulado pela Lei 9.868/1999 dos outros modais processuais, aproxima-o.

⁸³ A propósito, há entre os jurisdicionados – como se sabe – diversas queixas sobre a demora que existe na tramitação dos feitos judiciais no Brasil. Nesse sentido, vide: Ouvidoria 10 Anos: lentidão da Justiça ainda é o motivo de maior reclamação, disponível em <https://www.cnj.jus.br/ouvidoria-10-anos-lentidao-da-justica-ainda-e-o-motivo-de-maior-reclamacao/>, acesso em 08/12/2022.

Aliás, incumbe salientar que não se examinarão aqui questões gerais atinentes ao drama que é a demora judicial para dar cabo às demandas que lhe são submetidas, um problema que – tomando-se um cunho mais genérico – apresenta um espectro incompatível com os fins desta tese. Eventuais tramitações vagarosas e modorrentas de feitos judiciais, por razões das mais diversas possíveis, que acometem o Poder Judiciário como um todo, não serão avaliadas aqui.

O que se verá neste item é que é possível haver algo ao alcance do Supremo Tribunal Federal – do ponto de vista de técnica processual – para minorar a necessidade de modulação de efeitos em suas declarações de inconstitucionalidade oriundas das ações submetidas ao julgamento sumário, previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999. Trabalha-se com essa hipótese, tendo em vista que a necessidade de modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade pode ser asseverada pela demora de uma decisão definitiva de inconstitucionalidade das demandas submetidas ao mencionado rito. (Para sustentar tal hipótese, deu-se o levantamento – externado no item 4.5 – de ações diretas de inconstitucionalidade que tramitaram no Supremo Tribunal Federal.)

Essa avaliação emerge da constatação de que há uma relação entre a adoção do rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei 9.868/1999 e a adoção da técnica de modulação de efeitos, ao fim da tramitação de um processo de controle de constitucionalidade na Corte Suprema, conforme se verá no item seguinte.

4.3 SOBRE O RITO (SUMÁRIO) ESTABELECIDO PELO ARTIGO 12 DA LEI 9.868/1999: RELAÇÃO ENTRE O RITO SUMÁRIO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E A NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS

Neste tópico serão feitas considerações sobre eventual problema com a adoção do rito estabelecido no artigo 12 da Lei 9.868/1999, nas ações diretas de inconstitucionalidade. A nódoa à qual se faz menção não é, propriamente, a adoção do rito em si, mas a geração

de um interregno até a prolação de decisão sobre a inconstitucionalidade de algum ato normativo atacado.⁸⁴

Trata-se de uma questão correlata cuja importância não pode ser desprezada para os fins deste trabalho, que – conforme se afirmou acima – pode ter a ver com o interregno compreendido entre o início da geração dos efeitos de um ato normativo e a sua respectiva declaração da inconstitucionalidade.

Aliás, há de se fazer a ressalva de que a modulação serve para resolver um problema (geralmente o tempo até a declaração de inconstitucionalidade), mas não se perquirir os porquês desse problema pode fazer com que a modulação seja um apascentador cômodo (conquanto necessário) para esse mesmo problema.

Também deve ser feita a ressalva de que – como se sabe – ações do controle concentrado de constitucionalidade não prescrevem, de modo que, por exemplo, uma lei inconstitucional que veio a lume vinte anos atrás pode ser impugnada por uma ação intentada hoje. Uma situação assim estará a elastecer o intervalo de tempo indicado no início deste tópico.

4.3.1 Apontamentos a respeito do rito estabelecido pelo artigo 12 da nº 9.868/1999

Conforme já mencionado, o rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei 9.868/1999 é uma particularidade a ser explorada. É um fator que pode implicar delonga entre o acionamento do Supremo Tribunal Federal, com uma demanda na qual se postula a inconstitucionalidade de uma lei, e a dicção meritória da Corte sobre tal demanda. Fala-se, aqui, do (assim dito) rito abreviado da ação direta de inconstitucionalidade, previsto pelo dispositivo legal mencionado, lavrado nos seguintes termos:

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

⁸⁴ É interessante notar que mesmo a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258 demorou um considerável interregno para ser julgada: ela fora distribuída em 04/08/2000 e julgada em 03/04/2023.

Insta ressaltar que a doutrina, de maneira geral, não cuida do tema de maneira aprofundada, de modo que não se encontram trabalhos sobre implicações oriundas da adoção do rito sumário previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999. Ou seja, o tema não é tão abordado. Quando o é, trata-se de notas que não atingem o problema da demora no julgamento, apenas dizem o desiderato do mencionado dispositivo legal, sem adentrar na questão posta. Vide, por exemplo, o seguinte trecho:

O art. 12 da Lei 9.868/98 permite que o relator, levando em conta aspectos singulares do caso, conduza o processo por um rito mais célere. Assim, havendo pedido de medida cautelar, poderá ele, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, após a prestação de informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação (Barroso, 2016, pp. 233-234).

De forma geral, os tratos doutrinários a respeito da questão não distam muito do tom empregado no trecho acima transcrito.⁸⁵

Quanto aos tratos doutrinários sobre o dispositivo legal sob comentário, o ponto mais pertinente tangente à questão ora posta tem a ver com a adoção do rito em tela para que se evite o *duplo julgamento* (casos nos quais o Supremo se debruça duas vezes sobre a mesma questão). Nesse sentido, o artigo 12 seria uma importante ferramenta:

Diferentemente, o art. 12 da Lei 9.868/1999 é utilizado *para* afastar o julgamento cautelar, e por isso é o instrumento mais diretamente relacionado à hipótese de duplo julgamento. Como disse anteriormente, esta norma faculta ao relator adotar um rito abreviado, mediante o qual se julga definitivamente a ação, eliminando o julgamento do pedido cautelar que seria necessário (Filho, 2009, p. 192).

Não obstante não haver uma grande gama de elucubrações sobre o assunto da aplicação do rito sumário em ações diretas de inconstitucionalidade, o autor da presente tese

⁸⁵ Nesse aspecto, vide, a título de exemplo, a seguinte passagem, que guarda muita similaridade com a acima transcrita: “Observe-se que o art. 12 da Lei 9.868/99 admite um procedimento abreviado da ADIn, prevendo que, havendo pedido de medida cautelar, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, poderá o relator submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a questão.” In: VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999**. 3ª edição, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 84.

publicou em anais de congresso, em coautoria, trabalho no qual se chamava atenção para o fato de que

tal procedimento é aplicado sem análise do pleito de urgência das ações. Surge, então, um problema: há ações tramitando no Supremo por anos, sem avaliação da cautelar pleiteada e sem julgamento definitivo. A tais ações se aplicou esse rito por se almejar uma solução definitiva e rápida, o que de fato não se verificou (Bezerra; Gonçalves; De Assis, 2019, pp. 761-762).

Ou seja, nos processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal que foram verificados para fins da avaliação então realizada, aplicou-se o rito previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999, sem exame da liminar pleiteada e também sem uma resposta definitiva e célere quanto ao objeto do processo, que era o ponto almejado pela aplicação do aludido rito.⁸⁶

A esse propósito, é interessante o seguinte trecho do debate ocorrido por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.628, em que ficou muito bem demonstrado – na fala da ministra Carmem Lúcia – que, ou se profere uma medida cautelar, ou se adota o rito do artigo 12:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Ela é de 2005. Ela foi alterada em 2009, não é isso, Ministro Teori? Mas está vigorando desde 2005.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E não houve a concessão de cautelar aqui, certo?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não houve.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -Não, foi aplicado o rito do artigo 12.

⁸⁶ Assim, se entabulou no aludido trabalho: “Os Ministros do Supremo Tribunal Federal aplicam o procedimento previsto no citado dispositivo legal, deixando de analisar o pleito de urgência contido nas ações. Surge, então, um problema: há ações com tramitação no Supremo Tribunal Federal por considerável interregno (chegando a anos), sem a avaliação da cautelar inicialmente pleiteada; e – tampouco – sem o julgamento definitivo, como seria o esperado, dada a aplicação do rito estabelecido na base legal acima mencionada.” In: BEZERRA, Vladimir Cunha; GONÇALVES, Tiago Figueiredo e DE ASSIS, Gabriel Zoboli. **Problemas decorrentes da aplicação do rito sumário em julgamentos do controle concentrado de constitucionalidade.** In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio; SEDLACEK, Federico; ZANETI JÚNIOR, Hermes (organizadores). **Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual (Volume II).** Serra: Editora Milfontes, 2019, pp. 761-770, pp. 761-762, p. 763.

Quadra importar, aqui, algumas considerações críticas feitas por ocasião daquele trabalho realizado pelo autor desta tese, em consideração à aplicação do rito relacionada com o pleito de medida de urgência:

Ou seja, aplica-se – na Corte Constitucional – um rito de caráter abreviado, porque determinado processo carrega tema de muita importância para ser avaliado em tutela liminar. É como se uma demanda, de tão relevante, não pudesse ser apreciada em nível de sumariedade cognitiva; devendo, desde logo, aplicar-se-lhe uma sumariedade formal, para que já se tenha a cognição exauriente que o tema demanda. Essa fórmula, prevista pelo legislador ao tecer o artigo 12 da Lei 9.868/1999, dista muito da realidade, à medida que, pela circunstância de uma demanda incidir no rito sumário, não se aprecia a respectiva liminar, e se demora na consecução do julgamento definitivo (Bezerra; Gonçalves; De Assis, 2019, p. 766).

Mais adiante, ainda visitando as palavras utilizadas no texto ao qual ora se faz menção, escreveu-se que:

É de se considerar que, quando um legitimado vai ao Supremo Tribunal Federal aspirando a um julgamento liminar, ele o faz por conta de – obviamente – algo relevante e urgente. O relator do respectivo processo, contudo, pode, em havendo pedido liminar, aplicar o rito abreviado. Veja-se que o autor não clama pela aplicação do rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999. Quem o determina é o relator.

Ademais, sumariedade formal e sumariedade cognitiva não se excluem. Ora, nada impede que a Corte, mesmo aplicando o rito estabelecido pelo artigo 12, avalie o pleito liminar posto pelo autor da demanda. Nada impede, portanto, que o autor de uma ação, em verificando a adoção do rito sumário, peticione à Corte, para que, não obstante a realização do procedimento abreviado, avalie o pleito liminar, em sede de concessão – ou não – de medida cautelar.

Ao que parece, tal medida salvaguardaria melhor os direitos colocados em jogo, quando um dos legitimados para o patrocínio das demandas do controle concentrado de constitucionalidade for ao Supremo, pleiteando o juízo de constitucionalidade de um ato, bem como sua avaliação liminar (Bezerra; Gonçalves; De Assis, 2019, pp. 768-769).

4.3.2 Sobre a necessidade de se compreender que os planos da *sumariedade cognitiva* e *sumariedade formal* implicam providências que não se excluem

Há um detalhe técnico em relação ao direito processual que deve ser brevemente tratado e tem a ver com a diferença entre *sumariedade cognitiva* e *sumariedade formal*. No trecho acima transcrito do trabalho cuja autoria o autor desta tese integra, referiu-se que ambas não se excluíam, sendo que não haveria impedimento para que o Supremo se debruçasse sobre as medidas cautelares pleiteadas nos casos.

Impende notar que a matéria na qual se enreda este tópico (rito sumário do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade) vem no bojo de técnicas das quais se vale o

legislador para poder abrandar os efeitos perniciosos que o tempo pode ter em relação ao processo. Tais técnicas seriam: a técnica de sumarização do procedimento (tal como previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999); e a técnica de adiantamento do provimento (Rodrigues, 2016, p. 389).

Sucede que a sumariedade formal tem a ver com a adoção de um rito processual – em tese – mais abreviado do que outro que não o seja; ao passo que a sumariedade cognitiva tem a ver com o fato de eventual análise ser empregada em nível perfunctório.⁸⁷

Faz-se oportuna a definição de Cândido Rangel Dinamarco, para quem a cognição sumária:

É a cognição limitada (a) no plano horizontal, quanto aos fundamentos admissíveis para a decisão (p. ex., processo monitório) e (b) no plano vertical, quanto à profundidade dos atos de busca da verdade dos fatos (mandado de segurança, medidas urgentes etc). Na primeira hipótese, tem-se uma cognição sumária porque incompleta; na segunda, sumária porque superficial (Dinamarco; Lopes, 2018, pp. 231-232).⁸⁸

Já a técnica denominada de sumarização do procedimento deve ser entendida sob o seguinte esquadro:

Esta técnica tem por escopo apenas o encurtamento do procedimento, com vistas a lhe imprimir maior celeridade, reduzindo prazos, adotando com maior frequência o princípio da oralidade, permitindo a flexibilização do procedimento pelo juiz, admitindo que as partes negociem prazos, atos processuais e inclusive o calendário processual (data dos atos processuais) etc (Rodrigues, 2016, p. 389).

Ou seja, a sumariedade formal tem a ver com a forma pela qual os atos processuais se entrelaçam. Considerando-se o conceito de processo, dentro do que afirma Calamandrei,

⁸⁷ Fredie Didier Jr. sustenta que três são as características essenciais da tutela provisória, quais sejam: a sumariedade da cognição, a precariedade e (tendo em vista estas duas) a inaptidão para tornar-se indiscutível a coisa julgada. Sobre a precariedade, aduz o referido autor: “a) Sumariedade da cognição, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade.” In: DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Editora Juspodivm, Volume 2, 10ª ed., 2015, p. 568.

⁸⁸ Tal conceito é veiculado em contraposição ao de cognição exauriente, dado pelos referidos autores, na referida obra: “É aquela que consiste em uma total abertura para o conhecimento integral de todos os elementos necessários a decidir a causa, seja pela administração de fundamentos processuais ou jurídico-materiais de toda ordem, seja pela exaustividade da perquirição dos fatos.” DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 231.

para quem o conceito de processo seria “*aquela série de atos coordenados regulamentados pelo direito processual, por meio do qual se viabiliza o exercício da jurisdição*” (Calamandrei, 1965, p. 219)⁸⁹, a sumariedade formal tem a ver com a diferente forma pela qual os atos se conectam na arquitetura legalmente conferida àquilo que será a marcha processual. Lado outro, a sumariedade cognitiva implica uma cognição mais rasa para que seja – em tese – mais ligeira, sendo o que normalmente se observa nas tutelas de urgência.

Portanto, não há razão para se entender que uma sumariedade exclui a outra. Uma tem a ver com o rito, o desenho pelo qual se apresenta a marcha processual; a outra tem a ver com o nível possível de verificação da cognição a ser exercida. Ambas são cumuláveis, sem prejuízo de uma na outra. Em sendo assim, não se sustentam impedimentos para que – por conta da adoção do rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999 – não sejam avaliadas as medidas cautelares pleiteadas. Vale lembrar: o rito que reside na previsão estatuída no dispositivo legal citado tem lugar quando da existência de requerimento de tutela de urgência nas ações propostas perante o Supremo.

O que se quer deixar bem vincado aqui é que é possível a aplicação do rito sumário para julgamento das ações (nada contra a adoção do rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei 9.868/1999) e, ainda assim, efetuar-se a avaliação da medida cautelar pleiteada.

4.3.3 Falta de fundamentação para adoção do rito sumário nas ações

Há uma diferença entre o trabalho apresentado pelo autor desta tese, algumas vezes mencionado acima, e o presente tópico. Naquele, apenas se indicavam problemas por não haver o julgamento em curto espaço de tempo, de modo que importantes temas ficavam, por anos, com julgamento pendente. Aqui, tenta-se verificar que a adoção do rito do artigo 12 da Lei citada, sem a concessão de medida liminar, pode ter uma relação com a necessidade de modulação de efeitos de declarações de inconstitucionalidade.

⁸⁹ Tradução livre de “*il concetto di processo, cioè di quella serie di atti coordinati, regolati dal diritto processuale, attraverso i quali si compie l'esercizio della giurisdizione,*” In: CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**. Volume primo. Napoli: Morano, 1965, p. 219.

Há ainda um detalhe colateral sobre a falta de trato às questões submetidas ao rito sumário do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade. Não obstante o texto legal – conforme transcrito acima – estabelecer que os feitos levados a tal procedimento o serão “*em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica*”, não se acham – nos processos submetidos ao roteiro do artigo 12 – explicações sobre como eles se enquadram nos ditames legais.

Qual o “*especial significado para a ordem social e a segurança jurídica*”? Qual a “*relevância da matéria*” apta a clamar pela aplicação do rito em tela? Não se encontram, nas decisões visitadas, fundamentações que preencham tais conceitos a partir das situações enfrentadas.

Na ação direta 3.796, por exemplo, vê-se o seguinte despacho⁹⁰: “*Considerando-se a relevância da matéria, adoto o rito do art. 12 da Lei nº 8.868, de 10 de novembro de 1999, e determino:*”. A partir daí, o despacho se resumiu a indicar a requisição das informações e quem deveria se pronunciar.

Do mesmo modo, o relator da ação direta 4.481, para aplicar o rito em questão, apenas exarou que:

Em face da relevância da matéria, adoto o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999. Solicitem-se informações definitivas à autoridade requerida, no prazo de dez dias. Em seguida, abra-se vista, sucessivamente, no prazo de cinco dias, ao advogado-geral da União e ao procurador-geral da República. Publique-se.

Esse padrão de falta de fundamentação nas decisões dos respectivos relatores para a adoção do rito sumário nas ações diretas de inconstitucionalidade é lugar-comum nos indicados feitos. Dentre eles: 2.727; 3.243; 4.596; 3.796; 4.481; 2.663; 3.458; 4.628; 1.797; 2.791; 2.904; 3.628; 3.791; 4.001; 4.009; 4.639; 4.641; 1.241; 3.609; 3.819; 4.876; 3.237; 3.415; 3.430; 3.649; 4.125; 1.186; 1.220; 2.907; 5.867; 6.021; e 4.981.

Ademais, também não se sabe qual o parâmetro adotado para se aferir a importância de uma ação direta de inconstitucionalidade a ponto de ela ser submetida ao rito do artigo 12. Em outras palavras: por que uma ação direta na qual se veicula pedido de medida

⁹⁰ O despacho ora referido é verificável nos autos digitalizados, às fls. 72 (ou págs. 106, do PDF), encontráveis no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na rede internacional de computadores.

cautelar vai ser julgada dentro do rito sumário, ao passo que em outra – na qual também há pedido de medida cautelar na respectiva petição inicial – não se adota o rito em tela, mas se avalia a tutela de urgência pleiteada?

Por exemplo, na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258, é veiculada impugnação ao artigo 27 da Lei 9.868/1999, que, como já visto, trata legalmente da modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade. O então relator da ação submeteu o feito ao rito sumário.

Por outro lado, nas ações diretas de inconstitucionalidade que questionam o instituto do *juiz de garantias* – uma das ações que vem recebendo elevada atenção da comunidade jurídica, atualmente, no Supremo Tribunal Federal – houve o deferimento da medida cautelar pleiteada.⁹¹

O questionamento tem lugar: por que em uma houve deferimento de medida liminar e por que na outra houve adoção do rito do artigo 12? Elas têm graus diferentes de importância? Se sim, qual é mais importante: aquela na qual houve avaliação de medida cautelar, ou aquela na qual houve adoção do rito sumário? São questionamentos de difícil resposta.

4.4 SOBRE A POSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO DA MEDIDA DE TUTELA DE URGÊNCIA PLEITEADA CUMULATIVAMENTE COM A ADOÇÃO DO RITO DO ARTIGO 12 DA LEI 9.868/1999: O EXEMPLO DA ARGUIÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 323 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.365

No que tange à possibilidade de avaliação de medida cautelar pleiteada, já aconteceu, no Supremo Tribunal Federal, caso em que o relator de determinada demanda submetera eventual feito judicial ao rito sumário e, monocraticamente, avaliou a respectiva liminar posteriormente.

⁹¹ São as seguintes ações diretas de inconstitucionalidade nas quais há impugnação à normatização que prevê a figura do juiz de garantias: nº 6.298; nº 6.299; nº 6.300; e nº 6305.

O exemplo indicado foi colhido da arguição por descumprimento de preceito fundamental nº 323⁹². A bem da verdade, diga-se que, apesar de não se tratar de uma ação direta de inconstitucionalidade, não pode ser olvidado o fato de que a roupagem processual aplicável à espécie é a mesma ora avaliada, qual seja, o artigo 12 da Lei 9.868/1999.⁹³ Portanto, ilustra o ponto aqui defendido sobre a possibilidade de a adoção do rito balizado por tal dispositivo legal ser cumulável com a avaliação da cautelar pleiteada.

Pois bem. A mencionada demanda fora proposta em junho de 2014. Em fevereiro de 2015, deu-se o despacho conferindo-lhe o rito sumário. Como deveria acontecer, aos autos vieram – respectivamente em março de 2015 e julho de 2015 – as manifestações da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República.

No lugar de mandar o feito ao plenário para fins de julgamento (como estabelece o artigo 12), o relator do processo fez deferir a cautelar pleiteada. Ora, a avaliação da tutela de urgência, com todo o respeito, faria mais sentido se efetuada quando dos prolegômenos do processo do que se efetuada (como foi o caso) depois que o feito estava apto para julgamento. O deferimento da medida cautelar se deu em outubro de 2016.

A mencionada arguição por descumprimento de preceito fundamental foi julgada em maio de 2022.

Outro exemplo pode ser obtido em se observando a tramitação da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.365⁹⁴.

⁹² Tal ação fora intentada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, com vistas a discutir a ultratividade de benefícios existentes em normatizações coletivas de trabalho; em outras palavras, se seriam incorporados ao patrimônio jurídico dos empregados celetistas benefícios que eram concedidos com habitualidade, por força de acordo/convenções coletivas de trabalho.

⁹³ Tanto que, do endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na rede mundial de computadores, pode-se ver o que consta do despacho do relator da aludida arguição: “*adoto, por analogia, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e determino...*”.

⁹⁴ A mencionada ação direta questionava a validade constitucional da Lei Complementar nº 131/2015, do Estado da Paraíba. A aludida Lei Complementar estadual fazia previsão de transferência, ao Poder Executivo, de parcela dos depósitos judiciais e administrativos, referentes a processos tributários e não tributários, para pagamento de precatórios judiciais e outras finalidades previstas no referido diploma legislativo.

A referida demanda fora distribuída em agosto do ano de 2015. No mês de setembro, também do ano de 2015, o relator, aduzindo a relevância da matéria posta à apreciação da Corte Suprema, submete o feito ao rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999.

No mês de outubro, o relator da matéria concedeu a medida cautelar pleiteada. No voto do julgamento definitivo que declara a inconstitucionalidade da Lei Complementar estadual em questão, o relator descreve a sucessão dos atos (da submissão do feito ao rito do artigo 12 e, posteriormente, da concessão da medida cautelar):

4. Em 09.09.2015, adotei o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/1999 (doc. 12).

5. Em 01.10.2015, diante da notícia de que o Estado da Paraíba ajuizou ação para compelir o Banco do Brasil a efetuar a transferência de parcela dos depósitos nos termos da lei impugnada, deferi medida cautelar para suspender o andamento de todos os processos que versem sobre a aplicação da Lei Complementar nº 131/2015, do Estado da Paraíba, bem como os efeitos das decisões judiciais neles proferidas, até o julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade (doc. 36).

O julgamento da ação direta nº 5.365 se deu no mês de fevereiro de 2023. Os pedidos foram julgados procedentes de modo a ser declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar paraibana nº 131/2015, por vício de incompetência.

E aqui repousa um detalhe precioso, no sentido do que aqui se escreve com vistas a talhar a relação entre a não concessão de medida cautelar, quando da adoção do rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999, e a necessidade de modulação de efeitos da respectiva declaração de inconstitucionalidade.

Sucedem que, por ocasião da relatoria do processo, quando do julgamento, o relator da ação direta, em seu voto, lança as seguintes afirmações:

17. Deixo de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que o deferimento de medida cautelar em momento anterior à efetiva transferência dos valores pelo Banco do Brasil ao tesouro estadual faz presumir a ausência de razões de segurança jurídica que justifiquem o recurso a essa técnica excepcional de decisão.

Ou seja, o que fez com que não houvesse a necessidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade havida na ação direta nº 5.365 foi exatamente o fato de o magistrado incumbido do julgamento da ação ter prolatado a medida de tutela de urgência.

E a relação de causalidade entre uma coisa e outra ficou muito bem estabelecida, tendo em vista a constatação do próprio relator.

Ora, o fator tempo, na maioria das vezes, é responsável por avultar a necessidade de modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade. A avaliação do pleito da medida cautelar submetido ao Supremo pode precaver a incidência desse fator na necessidade de eventual modulação de efeitos.

Lucubrações à parte, o fato é que os casos brevemente ilustrados parecem confirmar que é possível a avaliação de eventual medida cautelar pleiteada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ainda que adotado o rito sumário aqui indicado.

4.5 LEVANTAMENTO DE AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA AFERIR A RELAÇÃO ENTRE A NÃO CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR E A NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS

Neste item tentar-se-á demonstrar que há ações diretas de inconstitucionalidade nas quais houve a modulação de efeitos e que a necessidade⁹⁵ de modulação poderia ter sido evitada ou minorada caso houvesse a concessão de liminar.

Afirma-se acima que pode haver casos em que a modulação poderia ser evitada – caso concedida a liminar – porque há casos em que há um intervalo de tempo muito curto entre o advento do ato normativo impugnado e a respectiva ação direta de inconstitucionalidade.

Lado outro, há casos nos quais o intervalo de tempo entre a estreia da espécie legislativa e seu ataque processual é grande, haja vista as ações diretas de inconstitucionalidade 4.782 (de maio de 2012) e 2.682 (de junho de 2002), conforme se verá abaixo. Ambas

⁹⁵ Há um detalhe que deve ser elucidado: vê-se, aqui, que se parte da premissa segundo a qual a modulação é necessária. Evidentemente, é possível discutir-se se a modulação é necessária ou não, possível ou não, correta ou não, jurídica ou não. No entanto, para as considerações críticas a serem realizadas aqui, a premissa adotada é a acima estabelecida.

diziam respeito a textos normativos de 1989. Por isso se escreveu acima que talvez pudessem ser minorados – mas não evitados – os reclamos por modulação de efeitos.

Sobre a concessão de tutela de urgência, há abalizada doutrina que conecta, em havendo a configuração dos seus elementos sustentadores, a seu deferimento o arrimo constitucional:

Em suma: toda vez que os requisitos legais se fizerem presentes, a concessão de tutela jurisdicional em caráter de urgência constituirá obrigação incontornável do Estado, por força da promessa constitucional ditada pelo art. 5º, XXXV, da Carta Magna de nossa República Federativa.

A prestação jurisdicional deve ser apta, mormente em situações de urgência, a não permitir que o direito material pleiteado pereça em decorrência da demora natural do tempo... (Tucci, 1997, p. 131)

O que se tentará analisar aqui é se poderia haver a concessão de medidas cautelares, considerando os traços indicadores das ações diretas que compõem o levantamento doravante demonstrado.

Para tanto, foram tomadas ações diretas submetidas ao rito sumário previsto na lei de regência das ações diretas cujo julgamento definitivo foi pela procedência de pedidos e a aludida procedência foi (também) elemento ensejador da modulação de efeitos. Não se pode olvidar da previsão legal segundo a qual a adoção do rito sumário é feita nos casos em que há pleito de medida cautelar.

Claro que é possível a crítica no sentido de que não é cabível a realização de uma avaliação dessas a partir da procedência dos pedidos, uma vez que tal trabalho seria como fazer uma profecia do pretérito. Em resposta a tal possível questionamento, fica aduzido que os julgamentos ora listados foram feitos a partir de vislumbre qualitativo, de modo que os conteúdos dos julgamentos mostravam que os vícios de inconstitucionalidade eram facilmente atestáveis, ou que o caso já tinha julgados de parâmetro de possível adoção no Supremo, ou que o próprio relator indica que o vício seria atestável com relativa facilidade. Houve, nesse sentido, a tentativa de indicar que poderia haver, ao menos, o ponto passível de fundamentação configuradora da juridicidade exigível em sede de cognição sumária.

Em outras palavras, a lógica ora adotada não é a de que, como os pedidos foram procedentes, poderia ter havido liminar. A propósito, diante de tal cenário, não foram trazidos para o levantamento aqui descrito julgamentos cujas fundamentações – apesar de serem pelo acolhimento da inconstitucionalidade – traziam elementos que não seriam facilmente atestáveis na forma acima descrita. Evidentemente, ainda assim, é possível que pudesse haver avaliação de medida liminar (ou a concessão da), mas isso desvirtuaria o trabalho ora proposto, que perseguia fundamentações que foram externadas com parâmetros mais – por assim dizer – “fáceis”.

Desse modo, o que se sustenta com o levantamento trazido é que seria possível – dentro de um filtro de razoabilidade construído a partir dos parâmetros acima indicados – que houvesse a concessão da medida cautelar.

4.5.1 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.791

A ação direta nº 2.791 dizia respeito a questões previdenciárias. Tal ação impugnava ato normativo do Estado do Paraná que incluía servidores não remunerados no regime de previdência estadual do referido Estado-membro.

A lei questionada era do ano de 1999. A demanda fora proposta em março de 2002, e julgada em agosto de 2006.

Dentro da proposta levada a efeito neste item do presente trabalho, questiona-se se não seria plausível a concessão de uma medida cautelar na ação em análise. Cumpre transcrever trecho da fundamentação do mencionado julgado:

Não obstante, da leitura da Constituição Federal (arts. 63, I, c/c 61, § 1º, II, “c”) no que é em, em parte, ou ao menos no plano teleológico, reproduzida pela Constituição Paranaense (arts. 66, II e 68, I), verifica-se que houve evidente afronta à norma constitucional federal no presente caso, tendo em vista que a emenda parlamentar estadual que incluiu os serventuários da justiça não remunerados pelo erário no regime próprio dos servidores públicos estaduais *stricto sensu* aumenta despesa e foi apresentada em projeto de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo.

Tomando em conta as palavras vertidas pelo próprio relator do caso, “*houve evidente afronta à norma constitucional federal*” no referido episódio. Levando-se em consideração que o relator indicou haver uma evidente afronta à Constituição brasileira, não poderia o mesmo relator ter – no início da marcha processual – avaliado liminarmente

a questão sob o mesmo elemento basilar, já que – repita-se – a afronta ao Texto Maior era evidente?

Ao que parece, o desenlace dessa fundamentação era relativamente simples, por se tratar de vício de iniciativa do processo legislativo que culminou no ato impugnado, não clamando por maiores e mais profundas lucubrações, apresentando-se compatível com fundamentação passível de ser apresentada em sede de cognição sumária. Ou seja, ela poderia constar de fundamentação de decisão de tutela de urgência, proferida no início do processo.

Caso houvesse a concessão de medida cautelar na ação titulada, haveria um interregno de pouco mais de quatro anos poupados de uma inconstitucionalidade. A necessidade de modulação seria substancialmente esvaziada, uma vez que, tomando-se como marcos temporais o advento da Lei atacada; o início do trâmite processual no Supremo; e o julgamento da ação, vê-se que – entre o primeiro marco temporal e o segundo – há cerca de três anos; e – entre o segundo e o terceiro – um pouco mais de quatro.

4.5.2 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.628

A referida ação atacava dispositivo legal que possibilitava à Amapá Previdência assumir pagamento de benefícios de aposentadoria e pensão que tivessem sido concedidos por quaisquer dos Poderes do Estado, pelo Ministério Público ou pelo Tribunal de Contas durante o período de vigência do Decreto nº 87, de 6 de junho de 1991, e que estivessem sendo suportados exclusiva e integralmente pelo respectivo Tesouro Estadual.

A Lei atacada era de 2005. A ação teve início em dezembro de 2005. O julgamento se deu em março de 2018.

O relator da ação faz um breve relato histórico sobre a previdência do Amapá, com vistas a situar a falta de equilíbrio financeiro decorrente da medida imposta pela legislação impugnada.

Depois de estabelecer o breve histórico acima referenciado, o dito relator se vale dos seguintes argumentos:

Nesse passo, a inclusão do dispositivo ora impugnado, via emenda parlamentar, sem qualquer indicação de fonte de custeio total (art. 195, § 5º, c/c o art. 40, § 12, da CF/88) destoa por completo do regime contributivo e contábil previsto no projeto legislativo original.

O ponto para o qual se deseja chamar atenção é que, não obstante ser interessante o estabelecimento histórico trazido pelo relator da ação direta de inconstitucionalidade sob estudo, para fins de estabelecimento de higidez atuarial, o arremate feito pelo ministro no parágrafo acima transcrito *in verbis* subsiste independente do mencionado histórico.

Ou seja, o parágrafo cuja transcrição se fez acima apresenta ponto de satisfatória juridicidade, e de constatação relativamente simples. No primeiro contato do magistrado relator com o feito judicial, já seria facilmente constatável a não existência de fonte de custeio da medida imposta pela lei atacada pela ação direta de inconstitucionalidade. A afronta aos dispositivos constitucionais indicados poderia ser atestada de plano, liminarmente.

Portanto, havia elementos (ao menos do ponto de vista da juridicidade) para a sustentação de medida cautelar.

4.5.3 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.791

Na ação direta em tela, questionava-se a Lei 935/1995, do Distrito Federal, que autorizava o Executivo Estadual a conceder aos policiais militares e bombeiros militares daquela unidade federativa uma gratificação de risco de vida.

A Lei impugnada era de 1995. O trâmite da ação se iniciou em setembro de 2006. O julgamento definitivo se deu em junho de 2010.

O relator resolveu com relativa facilidade a questão da inconstitucionalidade do texto normativo atacado. Eis o que ele manifestou:

De saída, tenho por manifesta a inconstitucionalidade material da Lei Distrital 935, de 11 de outubro de 1995. É que, ao instituir a chamada “*gratificação por risco de vida*” dos policiais e bombeiros militares do Distrito Federal, o Poder Legislativo distrital usurpou a competência material da União para “*organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de funcho próprio*” (inciso XVI do art. 21 da CF/889). Daí a súmula 647 do Supremo Tribunal Federal:

O ministro relator, então, transcreve o referido verbete sumular⁹⁶. A aprovação do mencionado verbete se deu em 2003, antes, portanto, do marco inaugural da tramitação da demanda judicial em análise.

Ora, essa haste de sustentação da inconstitucionalidade poderia plenamente ser externada em sede de cognição sumária, sem prejuízo de sua higidez jurídica. A constatação de usurpação de competência material da União por parte do ente distrital não pedia maiores esforços interpretativos. O cotejo do elenco de atribuições delineadas constitucionalmente com a Lei inquinada bastava para afirmar a inconstitucionalidade do ato normativo em questão.

Há ainda outro ponto que deve ser levado em consideração no tocante à sustentação da inconstitucionalidade da Lei 935/1995, do Distrito Federal, qual seja, o vício de iniciativa da medida legal impugnada. O relator estabelece que:

Acresce que o diploma legal sob censura padece do vício de iniciativa. Isso porque dispondo sobre a remuneração de pessoal da Administração Pública distrital direta, teve a deflagrá-lo proposta parlamentar, o que se contrapõe ao constante na alínea “a” do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição de 88, *in verbis*:

Em seguida, o ministro relator transcreve o artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal⁹⁷, que dispõe sobre a iniciativa privativa do Presidente da República para projetos de lei que venham a tratar de criação de cargos na administração direta.

Com todo respeito, a constatação de vício de iniciativa não demanda maiores sofisticções para ser lançada em fundamentação de decisão judicial. É algo que uma constatação trivial pode resolver.

⁹⁶ Eis a redação da súmula em questão: “*Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar do Distrito Federal.*”

⁹⁷ Vide a redação do dito dispositivo constitucional: “*Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;*”

Seja pela verificação de vício de iniciativa, seja pela verificação do vício de competência da legislação cuja inconstitucionalidade fora declarada, a medida cautelar poderia advir por alguma dessas fundamentações – ou por ambas – que, como se vê, não pediria maiores trabalhos para constar – ou constarem – do feito.

Ou seja, era razoável a concessão de medida cautelar.

4.5.4 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.639

A ação direta de inconstitucionalidade referida no título teve por objeto uma Lei do Estado de Goiás, a saber, a Lei nº 15.150/2005, criadora de regime diferenciado de aposentadoria para determinadas categorias profissionais.

Os contemplados pela medida seriam: pessoas do serviço notarial e registral, não remunerados pelos cofres públicos; da serventia do foro judicial, admitidos antes da vigência da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994 e facultativos com contribuição em dobro.

Como se viu, a Lei data do ano de 2005. A ação direta de inconstitucionalidade foi iniciada no ano de agosto de 2011. O julgamento ocorreu em 2015.

Desde logo, é interessante notar que o interregno compreendido entre o advento da Lei (ano de 2005) e o início da ação direta (ano de 2011) é maior do que o intervalo de tempo situado entre o início da ação e o julgamento (ocorrido em 2015).

O relator do caso evoca os argumentos expendidos pelo autor da ação, indicando que, na inicial, veicula-se – dentre outras – a tese segundo a qual há vício de competência, porquanto a lei para tratar do tema posto seria da União, e não de Estado membro.⁹⁸ O relator adota tal fundamento, indicando que “[e]m pelo menos uma oportunidade, o Plenário desse Supremo Tribunal Federal apreciou a questão, em julgamento que

⁹⁸ Transcreve-se, doravante, o trecho mencionado no voto do relator: “a segunda das teses veiculadas pela inicial, que, a rigor, reconduz a um problema de competência para legislar sobre previdência de agentes não remunerados pelos cofres públicos, como assinalou o próprio requerente, em passagem da inicial”. A partir daí, o relator cita um trecho da exordial.

recebeu a seguinte ementa:". O relator, então, transcreve a mencionada ementa, que ele utiliza como parâmetro para julgar procedente o pedido de inconstitucionalidade.

O ministro referido traça um paralelo com uma ação de 2010, a ação direta de inconstitucionalidade nº 3.106. No percurso da fundamentação, para fechar suas argumentações, o relator assevera:

Tendo em vista essas semelhanças, é irrecusável a conclusão de que, ao criar no Estado de Goiás um modelo de previdência extravagante – destinado a beneficiar agentes não remunerados pelos cofres públicos, cujo formato não é compatível com os fundamentos constitucionais do RPPS (art. 40), do RGPS (art. 201) e nem mesmo da previdência complementar (art. 202) – o poder legislativo local desviou-se do desenho institucional que deveria observar e, além disso, incorreu em episódio de usurpação de competência, atuando para além do que lhe cabia nos termos do art. 24, XII, da CF, o que resulta na invalidade de todo o conteúdo da Lei 15.150/05.

O ministro responsável pela relatoria do processo adota um dos pontos lançados na petição inicial, no caso, o vício de competência; e adota como diapasão um feito julgado em 2010, pela Corte Constitucional, ou seja, antes da tramitação da demanda ora sob avaliação.

Esses argumentos também parecem suficientes para serem lavrados em sede de cognição sumária. Eles poderiam ter sustentado a concessão de medida cautelar, conforme requerido na inicial do pleito.

4.5.5 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.904

A ação mencionada no título acima cuidou da Lei Complementar nº 93/2002, do Estado do Paraná. Tal ato normativo dava nova redação a determinados dispositivos constantes da Lei Complementar nº 14/1982, implementando regras específicas para aposentadoria de policiais civis da polícia paranaense.

A Lei Complementar estadual impugnada é do ano 2002. A ação foi iniciada em 2003. O julgamento se deu em março de 2009.

O ministro incumbido da relatoria do feito judicial em questão se arvora na existência de vício formal para afastar do ordenamento jurídico o ato normativo impugnado. Nesse sentido, eis um trecho nevrálgico da mencionada fundamentação:

Aqui, de toda sorte, a constatação do vício formal é suficiente para a declaração da inconstitucionalidade da norma impugnada, a qual, por ser originária de proposição da Assembleia Legislativa, invadiu esfera de iniciativa privativa do Governador do Estado para dispor sobre a aposentadoria dos servidores públicos, dentre os quais os policiais civis.

Nesse ensejo, o relator evoca afronta ao artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal, sobre iniciativa do Chefe do Executivo para a proposição de medidas legislativas tais quais a impugnada. Então, o relator afirma que tal regra é de observância obrigatória pelos Estados-membros, algo que, conforme ele aduz, está assentado desde a ação direta de inconstitucionalidade nº 774, de 1999.

Realizando um trabalho de esmero na fundamentação do julgado, o ministro relator ainda faz colacionar – com vistas a demonstrar que a questão está de acordo com a jurisprudência da Corte – outros julgados do Supremo Tribunal Federal nos quais o tema fora abordado: ação direta de inconstitucionalidade nº 872; ação direta de inconstitucionalidade nº 2.115; e ação direta de inconstitucionalidade nº 700. Os julgados referidos são, respectivamente, dos anos de 2002; 2001; e 2001.

Em suma, a fundamentação que sustenta a inconstitucionalidade do ato em tela se deu por conta de vício formal (algo que não é de difícil constatação). De outro lado, a sustentação da inconstitucionalidade se deu em função de ele estar na conformidade com outros julgados do Tribunal (todos de antes da propositura da demanda). Ou seja, a mencionada avaliação poderia ser lançada em momento processual anterior, em juízo de cognição sumária.

4.5.6 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.641

A mencionada ação direta de inconstitucionalidade nº 4.641 tratava de dispositivo da Lei Complementar estadual nº 412/2008, oriunda do Estado de Santa Catarina, que incluía, como segurados de seu regime próprio de previdência social, os cartorários extrajudiciais (notários, registradores, oficiais maiores e escreventes juramentados).

Como se indicou, a Lei Complementar mencionada era do ano de 2008. A ação foi iniciada no mês de agosto de 2011. Já o julgamento, se deu no mês de março de 2015.

O relator entendeu estar violado o artigo 40, da Constituição.

Nota-se que foi relativamente simples a fundamentação, quando o ministro relator do caso em questão menciona:

A interpretação conferida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao texto da Constituição, após as Emendas 20/98 e 41/03, firmou-se no sentido de que a inserção de cartórios extrajudiciais como segurados de regime próprio de previdência social viola a Constituição Federal.

O relator da ação direta de inconstitucionalidade ora sob avaliação, então, evoca uma decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ação nº 575⁹⁹, no ano de 1999, para sustentar a nulidade da Lei Complementar do Estado de Santa Catarina.

Um pouco mais adiante, o relator afirma:

Esse mesmo entendimento foi referendado quando da apreciação da medida cautelar na ADI 2891, DJ de 27/6/03, em que também funcionou como relator o Min. Sepúlveda Pertence, e foi aprofundado durante o julgamento da ADI 2791, quando o Plenário do STF declarou, por unanimidade de votos, a inconstitucionalidade do art. 34, § 1º, da Lei 12.398/98, do Estado do Paraná:

Ele, então, cita trecho da mencionada ação direta de inconstitucionalidade nº 2.791. Mas, a questão interessante de se notar aqui é que o próprio ministro relator afirma que situação semelhante à da ação direta ora avaliada tinha sido objeto de medida cautelar (posteriormente referendada) na ação direta nº 2.891.

Em sendo assim, é de se levar em conta que a ação ora analisada (a ação direta nº 4.641) foi iniciada em 2011 (conforme acima se indicou). Quando de seu julgamento, o relator lançou fundamentação constatando que, em junho de 2003, já houvera referendo de liminar concedida em outra ação direta que cuidou de tema merecedor do mesmo tratamento.

Portanto, é razoável supor que poderia haver concessão de medida cautelar na ação direta ora avaliada, tendo em vista as próprias razões das quais se valeu o ministro relator para fundamentar a inconstitucionalidade do ato normativo estadual impugnado.

⁹⁹Na ação direta nº 575, eram questionados dispositivos do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Piauí, que também tratava de questões previdenciárias de tabeliães e oficiais de registros públicos.

4.5.7 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.590

A ação direta de inconstitucionalidade nº 4.590 foi ajuizada para se obter a declaração de inconstitucionalidade da Emenda nº 83, de 3 de agosto de 2010. A referida Emenda alterara a Constituição do Estado de Minas Gerais para nela inserir dispositivo inovador do regime jurídico da carreira dos Oficiais da Polícia Militar daquele Estado. Ao mesmo tempo, foi estabelecido, pela Emenda àquela Constituição Estadual, que, para ingresso no Quadro de Oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais, seria necessária a graduação em Direito.

A mencionada Emenda Constitucional, como se viu, data de agosto de 2010. A demanda judicial em questão foi distribuída em abril de 2011. Seu julgamento se deu em junho de 2021.

O ministro incumbido da relatoria do processo, no Supremo Tribunal Federal, fez, em seu voto, um interessante recorte da matéria a ser tratada para fins de resolver o ponto problemático da ação. Ele deixou assentado em seu voto ser verificável que o ponto constitucional posto *“na presente ação direta cinge-se em saber se o dispositivo impugnado violou iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo local e, nesse sentido, se há de se falar em vício de iniciativa em norma de Constituição Estadual”*.

Esse trecho já dá pistas de que poderia haver um juízo em sede de cognição sumária para a prolação de medida cautelar. Some-se a isso o fato, de mais adiante, o relator lançar os seguintes fundamentos:

De fato, a jurisprudência da Corte está assentada no sentido de que o legislador constituinte estadual, inclusive o decorrente inicial, não pode dispor sobre matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, da CF/88), uma vez que não estaria garantida, no processo legislativo, a participação do Poder Executivo, incidindo-se em inconstitucionalidade formal (cf. ADI 270/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 30.4.04; ADI 1.695/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 28.5.04; ADI 1.353, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 16.5.03; ADI 250/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 15.8.02; ADI 102/RO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 8.8.02; ADI 843/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.9.02; e ADI 483, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29.6.01).

Constata-se, pela leitura do trecho acima transcrito, que a questão do vício de iniciativa, além de ser facilmente atestável, já era tema que grassava na jurisprudência daquela Corte Constitucional, tanto que os julgados que o relator colaciona à sua fundamentação são de antes da ação da qual ele tratava naquele momento.

E, para se ver quão patente é a possibilidade de tratamento da matéria mediante medida cautelar, é cabível ler o seguinte trecho, no qual o relator destaca um determinado julgado no Supremo no qual se concedera tutela de urgência em tema com similaridade ao da ação direta ora avaliada:

Nesse contexto, merece destaque o julgado em que a Corte deferiu medida cautelar para suspender dispositivo da Constituição do Estado do Mato Grosso que previa a eleição de membros da diretoria e dos órgãos colegiados das entidades da administração indireta pelos filiados da associação ou do sindicato da respectiva categoria. Vide: (ADI 282/MTMC-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29.11.96)

Veja-se que o vício que maculava o ato normativo estadual era formal, por conta de problemas na fase iniciadora do processo legislativo, que deveria ser deflagrada pelo Chefe do Poder Executivo. Em sendo assim, tratava-se de questão facilmente constatável. Some-se a isso a circunstância, visível pelos trechos acima transcritos, de que os julgados que baseavam a decisão tomada já eram antigos na Corte, além do que o próprio relator indicou haver liminar para dar tratos a demanda parecida.

Em suma: era factível, com atendimento de razoabilidade, a prolação de decisão liminar no caso em tela. Caso fosse deferida tal medida, poupar-se-ia cerca de uma década de geração de efeitos de um ato normativo estadual conspurcado de inconstitucionalidade.

4.5.8 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.430

A ação direta de inconstitucionalidade cujo número está acima impugnava a Lei Complementar nº 300/2004, do Estado do Espírito Santo, que autorizava o Poder Executivo a celebrar contratos de prestação de serviços com particulares para contemplar necessidades de excepcional interesse público.

A Lei impugnada data do ano de 2004. A distribuição ao relator se deu em março de 2005. O julgamento ocorreu em agosto de 2009.

O ponto nuclear da fundamentação do relator é o seguinte:

Este Tribunal, ademais, já decidiu, de forma convergente com a doutrina, que, para a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja pré-determinado; c) a necessidade seja temporária; e d) o interesse público seja excepcional.

Patente, pois, a inconstitucionalidade da Lei Complementar 300/2004 do Estado do Espírito Santo.

O relator menciona, como parâmetro de sua tese, nota doutrinária do ano de 1991 e a ação direta de inconstitucionalidade nº 1.500, que foi julgada em 2002.

Aqui também parece que poderia haver o deferimento de medida cautelar (que fora pleiteada), uma vez que o ministro relator se arvora em elementos de antes da propositura da demanda; ademais, ele mesmo indica que a constitucionalidade era “*patente*”.

4.5.9 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.609

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.609 houve impugnação da Emenda Constitucional nº 38, que inseriu dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Acre. O aludido texto normativo efetivou todos os servidores públicos daquele Estado cujo provimento se dera até 31 de dezembro de 1994 sem a observância de prévio concurso público.

A Emenda à Constituição do Estado do Acre era de julho de 2005. A ação direta de inconstitucionalidade acima numerada data de novembro de 2005. E o respectivo julgamento ocorreu em outubro de 2014.

Também aqui se entende que a concessão de uma medida cautelar era viável, haja vista que o próprio ministro relator afirma que a inconstitucionalidade é patente, com os seguintes dizeres:

No caso presente, analisando-se a norma impugnada, verifica-se que a sua inconstitucionalidade é patente, porque, desde a promulgação da Constituição de 1988, por força de seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público.

O relator, então, indica que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de não se tolerar provimento de cargos públicos sem o prévio certame público é sedimentada, evocando, para tanto, a ação direta de inconstitucionalidade nº 1.350, que foi julgada em fevereiro de 2005.

O detalhe que merece atenção é que a demanda ora avaliada (a 3.609) foi movida em novembro de 2005. Ou seja, seria razoável a concessão de medida cautelar, uma vez que o ponto problemático era constatável com relativa facilidade.

Eventual medida de urgência poderia evitar um interregno de mais de oito anos de demora durante a qual um ato inconstitucional gerou efeitos. (E nem se mencione, aqui, que o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade em sede de embargos de declaração ocorridos em junho de 2021.)

4.5.10 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.796

A ação direta de número acima apresentado arguia a inconstitucionalidade de Lei do Estado do Paraná que fazia restabelecer benefícios fiscais que foram cancelados.

A Lei cuja inconstitucionalidade se pleiteava era de abril 2006. A distribuição ao ministro relator se deu em setembro de 2006. O julgamento, em março de 2017.

Havia diversos fundamentos expostos pelo autor da ação, que foram afastados pelo ministro relator. Contudo, o relator da ação declarou a inconstitucionalidade da Lei estadual impugnada por ofensa ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal. Neste sentido, assim se manifestou o relator:

A orientação desta Corte a respeito do tema está, há muito, consolidada, no sentido de que são inconstitucionais os benefícios fiscais em matéria de ICMS concedidos de forma unilateral.

Vale dizer, o descumprimento do procedimento a que se refere o art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição implica a inconstitucionalidade da lei concessiva do benefício fiscal. Em outras palavras, não podem ser concedidos benefícios fiscais em matéria de ICMS sem prévia anuência dos demais estados e do Distrito Federal.

Em seguida, ele afirma haver uma longa lista de julgados que embasam seu posicionamento. Inclusive, um proferido no ano de 2002, razoavelmente antes da demanda posta. Aliás, antes mesmo da existência da Lei cuja inconstitucionalidade se fizera declarar.

Logo, é de se supor que poderia haver um julgamento cautelar, evitando-se mais de uma década de irradiação de efeitos de um ato normativo estadual inconstitucional.

4.5.11 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.736

Na ação direta de inconstitucionalidade acima referenciada, houve a impugnação da Lei estadual nº 13.549/2009, do Estado de São Paulo. A referida Lei previa contribuição a

cargo do outorgante de mandato judicial como receita da Carteira de Previdência dos Advogados daquele Estado da Federação.

O diploma legislativo em tela era de maio de 2009. O feito judicial em tela fora distribuído em junho de 2017. O julgamento se deu no mês de abril de 2021.

Há até pontos interessantes no julgado, como a possibilidade de o Advogado Geral da União não promover necessariamente a defesa do ato impugnado (na consonância do previsto no artigo 103, § 3º, da Constituição Federal¹⁰⁰), assim como a importância da modulação de efeitos da declaração (apesar de não haver um escoamento encadeamento com o caso objeto de avaliação).

No entanto, o ponto nuclear do julgado é o seguinte:

O inciso II do artigo 18 da Lei nº 13.549, de 26 de maio de 2009, do Estado de São Paulo, criou contribuição a ser satisfeita por outorgante de poderes em mandato judicial.

Tem-se criação de verdadeiro tributo, sem justificativa plausível. O outorgante de poderes a advogado mediante o instrumento de mandato – que é a procuração – não está sujeito a tributo.

Julgo procedente o pedido e declaro conflitante com a Constituição Federal o inciso II do artigo 18 da Lei nº 13.549/2009 do Estado de São Paulo.

O trecho acima transcrito é toda a fundamentação para a declaração de inconstitucionalidade do texto normativo levado a julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, não havia maiores obstáculos a eventual decisão em âmbito de cognição sumária, a ser proferida no início da marcha processual, uma vez que o elemento jurígeno da decisão declaratória de inconstitucionalidade foi o fato de não haver justificativa plausível para a criação de um tributo.

¹⁰⁰ Eis o teor do mencionado dispositivo constitucional: “§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

4.5.12 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.233

A ação direta de inconstitucionalidade acima referida trazia impugnação aos incisos I e II, do artigo art. 2º, da Lei nº 11.470, de 8 de abril de 2009, do Estado da Bahia. A referenciada Lei estadual reestruturava o Grupo Operacional do Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Também havia impugnação ao artigo 24, da Lei nº 8.210, de 22 de março de 2002, do mesmo Estado. A alegação seria de que as referidas leis criaram critério de ascensão funcional para determinado cargo da Administração Tributária do Estado da Bahia.

Portanto, a pretensa inconstitucionalidade dos mencionados atos legislativos estaduais se fundava na ofensa à regra constitucional que requer a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo público.

Uma Lei veiculadora dos dispositivos impugnados veio ao ordenamento em abril de 2009, enquanto a outra é de março de 2002. A distribuição da ação direta ocorreu no mês de abril de 2009. Aliás, ainda em abril de 2009, houve a submissão do feito ao rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999. O julgamento ocorreu somente em março de 2021.

Aqui também parece que poderia haver o deferimento de medida cautelar, bem antes – do ponto de vista temporal – do julgamento definitivo da ação.

A tese inicial é que os referenciados dispositivos da Lei nº 8.210/2002 violavam o art. 37, II, da Constituição Federal, ao reestruturar os cargos de pessoal da Secretaria da Fazenda Estadual. A relatora aquiesce à tese, afirmando:

A jurisprudência pacífica desta Casa é firme ao afastar situações que caracterizem a burla ao postulado do concurso público. Isso porque a questão sobre a inconstitucionalidade de normas que desrespeitavam a exigência de concurso público para o acesso a quaisquer cargos ligados aos Poderes da República surgiu há muito no Supremo Tribunal Federal, culminando na edição da Súmula Vinculante nº 43: “*É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido*”

Há um detalhe: embora a súmula vinculante nº 43, propriamente dita, seja de depois do início do trâmite da ação em tela, não se pode olvidar que ela foi convertida a partir do verbete sumular nº 685, aprovado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003. Antes, portanto, do marco inaugural do feito judicial em análise.

Ademais, a relatora colaciona diversas ações diretas (inclusive no bojo das quais se dera a prolação de medidas liminares) de antes da ação ora estudada: 351; 231; 308; 1.251 362; etc.

Logo, não seria desarrazoado pensar que poderia haver o deferimento de medida cautelar, conforme pleiteado pelo autor da ação.

4.5.13 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.782

A ação direta de inconstitucionalidade nº 4.782 carrou impugnação a dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, qual seja, o artigo 83, inciso IX, que apregoava, como direito aos servidores públicos civis daquele Estado, “*a incidência da gratificação adicional por tempo de serviço sobre o valor dos vencimentos*”.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro – documento no qual estava o texto normativo impugnado – data de 1989. O feito judicial foi distribuído em maio de 2012. Já o respectivo julgamento ocorreu em fevereiro de 2021.

Cumprе salientar que o próprio relator afirma que o “*fundamento do pedido de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo constitucional é de índole formal*”. O ministro relator, então, pontua que o texto impugnado pela ação direta então em curso se origina de norma sem iniciador, pelo fato de ser a Constituição Estadual. Encadeando o raciocínio acima mencionado, o ministro relator aduz que poderia haver entendimento segundo o qual não existiria vício no processo legislativo, uma vez que não seria possível ao Chefe do Poder Executivo propor a criação de uma norma constitucional originária, conforme se apresentava no caso.

A questão, embora pareça complexa, é resolvida com relativa facilidade pelo referido ministro:

Percebo, todavia, que a jurisprudência deste Tribunal vem se encaminhando cada vez mais resolutamente para a compreensão de que as Constituições Estaduais não podem, nem originariamente, abrigar norma que verse matéria de iniciativa reservada a ente público externo ao Poder Legislativo, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Ou seja, o entendimento vertido no parágrafo acima transcrito – com o qual se resolveria a controvérsia levada à Corte Constitucional – vem sem maiores elucubrações, bastando o simples apontamento de um ponto jurígeno.

Destarte, entende-se que poderia ser proferida medida cautelar à espécie. Caso houvesse a prolação de tal medida, haveria solução de cerca de nove anos de irradiação de efeitos da norma impugnada.

4.5.14 Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.681

Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada no ano de 2017, impugnando a Resolução nº 14/2008, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que dispunha acerca da desanexação de serventias extrajudiciais do referido Estado. De acordo com o texto normativo atacado na ação, cartórios de registro civil e tabelionato e de registro de imóveis, protestos de títulos e registros de pessoas jurídicas passaram a constituir serventias autônomas.

A Resolução guerreada era do ano de 2008. A ação foi distribuída à relatora em abril de 2017. O julgamento ocorreu em novembro de 2020.

Aqui também seria cabível a prolação de uma medida cautelar no início do feito.

A própria ministra incumbida da relatoria do feito estabelece as balizas segundo as quais o *“objeto da ação limita-se, pois, ao exame da validade constitucional da Resolução n. 14/2008 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo”*.

Depois de verter várias laudas em seu voto, a ministra relatora ressalta:

A Resolução nº 14/2008, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, não respeita a exigência de lei em sentido formal e dispõe sobre a matéria. Macula-se, assim, de vício formal de inconstitucionalidade insuperável, não se mantendo validamente no sistema jurídico.

A relatora se arvora na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.415, julgada em 2012, ou seja, antes da propositura da ação nº 5.681, ora analisada. Ela, a propósito, colaciona ementa de medida cautelar proferida no bojo da ação nº 4.657, demanda na qual se tratava de questão idêntica à tratada na ação ora avaliada, tanto que o relator, na referida medida cautelar estabeleceu que *“[a]lterações das serventias, presentes os citados fenômenos,*

pressupõem lei em sentido formal e material, não cabendo a disciplina mediante resolução de tribunal de justiça”. Tal trecho foi transcrito pela relatora. Logo, se houve transcrição de trecho de uma medida cautelar proferida em idêntico processo, não poderia também haver medida cautelar na demanda então analisada?

Há, ainda, outros julgados colacionados à fundamentação que são de antes da propositura da demanda em apreço. Ademais, a inconstitucionalidade em tela era formal, o que não demandava maiores desafios para ser constatada.

4.5.15 Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.682

Esta ação direta de inconstitucionalidade tratou de impugnar determinado dispositivo da Constituição Estadual do Estado do Amapá, bem como determinados dispositivos da Lei Complementar nº 11, de 1996; e da Lei Complementar nº 6, de 1994, ambas também do Estado do Amapá. Os mencionados textos normativos diziam respeito à faculdade de o Governador do Estado nomear e exonerar livremente o Procurador-Geral do Estado, o Subprocurador-Geral do Estado, o Procurador de Estado Corregedor e o Procurador de Estado Chefe.

Os textos jurídicos atacados eram, portanto, de 1989, de 1994 e de 1996. A ação é de junho de 2002. O julgamento ocorreu em fevereiro de 2009.

Há algo deveras interessante na demanda, tendo em vista que o relator julga improcedentes determinados pedidos da ação direta e julga procedente outro pedido veiculado na mencionada demanda.

A questão é que, para declarar a constitucionalidade de determinados dispositivos, ele evoca a ação direta nº 271, cujo julgamento ocorrera no ano de 2002, logo, antes da ação sob estudo. Tal ponto diz respeito à possibilidade de Constituição de Estado membro definir a forma de nomeação de Procurador-Geral do Estado.

Já em relação às nomeações referentes aos outros cargos (Subprocurador-Geral do Estado, o Procurador de Estado Corregedor e o Procurador de Estado Chefe), o ministro relator entende haver inconstitucionalidade, sustentando, para tanto, que

nesse caso, não vislumbro justificativa para que os ocupantes do cargo de Procurador de Estado Chefe sejam livremente nomeados pelo Governador do Estado, vez que suas atribuições são idênticas às dos demais Procuradores do Estado, com a diferença de serem responsáveis por coordenar o trabalho do restante da equipe.

É bem verdade que a isso o relator acresce julgados que são posteriores ao início da demanda em tela. No entanto, ao que parece, tendo em vista que o elemento nuclear da fundamentação foi o trecho acima transcrito, não haveria maiores dificuldades para que o presente argumento fosse já lançado numa avaliação de uma medida cautelar.

4.5.16 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.867

Na ação direta de inconstitucionalidade acima indicada, se impugnava a Lei Estadual nº 8.223/2007, do Estado da Paraíba. A referenciada lei estadual criava diversos cargos de provimento em comissão. Obviamente não se dava a observância de prévio concurso público para o preenchimento de tais vagas.

O ato normativo impugnado datava de maio de 2007. A ação direta de inconstitucionalidade acima numerada foi autuada e distribuída em outubro de 2012 (mês em que também se adotou o rito do artigo 12). E o respectivo julgamento ocorreu em outubro de 2020.

Aqui também se sustenta a viabilidade de concessão de uma tutela de urgência, uma vez que o próprio ministro relator abre a avaliação do mérito proferindo as letras doravante transcritas:

A jurisprudência desta Corte é, todavia, firme no sentido de que é inconstitucional a criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado.

O relator, então, indica diversos julgados nos quais o Supremo Tribunal Federal entendeu errôneo que houvesse provisão de cargos públicos sem o prévio certame público em situação parecida com a avaliada no julgamento ora em pauta.

Dentro desse quadro, um dos julgados tomados como paradigmáticos é do mês de junho do ano de 2011; antes – portanto – do oferecimento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.867.

Como se pode verificar dos dados acima indicados, o interregno compreendido entre a estreia da legislação paraibana impugnada pela demanda ora avaliada e a respectiva ação direta (entre os anos de 2007 e 2012) é menor do que o existente entre o início da respectiva demanda e seu julgamento (entre 2012 e 2020).

Uma concessão de medida cautelar, no caso em questão, se não evitasse integralmente, ao menos, minoraria a necessidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade levada a seguimento na presente ação direta.

4.5.17 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.498

Um ato normativo do Distrito Federal, a Lei nº 3.595/2005, teve sua validade atacada na ação direta acima titulada. A referida legislação dispunha a respeito de serviço notarial e de registro daquela unidade federativa.

A legislação impugnada na ação direta nº 3.498 era de 2005. O feito mencionado foi distribuído no mês de maio de 2005. Já o julgamento ocorreu no mês de maio do ano de 2020.

A fundamentação levada a efeito pelo Procurador-Geral da República, quando do ajuizamento da ação direta, era a de que uma lei distrital cujo processo legislativo fora deflagrado por parlamentar (como o foi o processo legislativo que culminou na Lei nº 3.595/2005) não poderia dispor sobre a matéria tratada pela aludida legislação.

De fato, quando a relatora da matéria no Supremo Tribunal Federal manifestou os entendimentos em seu voto, ficou asseverado que

a Lei nº 3.595/2005 do Distrito Federal contém vício de inconstitucionalidade formal, por se ter cuidado de matéria de organização judiciária, de iniciativa de Tribunal de Justiça, não se obedecendo a esse critério, pois a iniciativa se deu em sede da Câmara Distrital.

Em seguida, resta evocado no voto o dispositivo constante do artigo nº 125, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual a iniciativa da legislação deveria se dar pelo Tribunal de Justiça.

Veja-se que a questão que sustentou a inconstitucionalidade da Lei nº 3.595/2005 era facilmente constatável. Logo, havia fundamentação jurígena para a concessão da medida

cautelar pleiteada quando do ingresso da demanda na Corte Suprema para a impugnação daquela legislação distrital. E tal fundamentação era facilmente observável, além de compatível com a verificação em sede de cognição sumária.

É de se notar que a legislação distrital impugnada é do mesmo ano da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.498. Os quinze anos de irradiação de efeitos da Lei – que ensejaram a modulação dos efeitos – seriam evitáveis caso fosse analisada a medida cautelar.

4.5.18 Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.500

O artigo 88, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, a Lei Complementar nº 518/2014 e o artigo 8º da Lei Complementar nº 424/2010, do Estado do Rio Grande do Norte, foram impugnados na ação direta titulada. Tais dispositivos criavam e estruturavam a Assessoria Jurídica Estadual, vinculada à Procuradoria Geral do Estado potiguar.

A ação direta de inconstitucionalidade em tela datava de agosto de 2020. Seu julgamento se deu em março de 2023. Os atos normativos impugnados eram dos anos de 1989, 2010 e 2014.

O relator afirmou que “[e]m inúmeras ocasiões, o Supremo Tribunal Federal enfrentou questões concernentes ao princípio que ora servem de norte à interpretação dos atos normativos impugnados.”

Foram evocadas decisões de 2010, assim como de 2003, dentre outras também antigas para que fosse fundamentada a tese da inconstitucionalidade das normatizações impugnadas.

Ao final, modularam-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tela. Caso fosse apreciado o pedido liminar, tal providência não seria necessária.

4.5.19 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.009

A ação direta de inconstitucionalidade sob estudo questionava a higidez de determinados diplomas legislativos do Estado de Santa Catarina. São eles: Lei Complementar estadual

nº 374/2007 (que inseriu dispositivos na Lei Complementar estadual nº 254/2003); artigo 106, § 3º, da Constituição do Estado de Santa Catarina; Lei Complementar estadual nº 55/1992; e Lei Complementar estadual nº 99/1993.

A ação direta nº 4.009 foi iniciada em janeiro de 2008. O julgamento se deu em fevereiro de 2009 (um prazo até razoável, em se considerando a demora na tramitação de outras ações). Os atos impugnados eram de 1992, 1993 e de 2007.

Os aludidos atos normativos faziam estabelecer vinculação/equiparação de remunerações de policiais civis e policiais militares à remuneração percebida pelos delegados de polícia civil.

O próprio relator afirma que o tema versado na ação direta de inconstitucionalidade em questão já fora debatido em oportunidades anteriores. Dentre os julgados que ele utiliza para fundamentar o acolhimento da inconstitucionalidade em questão, figuram decisões de outubro de 2007 (na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.853), de agosto de 2006 (na ação direta de inconstitucionalidade nº 955) e de maio de 2004 (ação direta de inconstitucionalidade nº 2.831). Ou seja, decisões de antes da propositura da demanda em questão.

A propósito, o entendimento evocado na ação direta nº 2.831 foi justamente tirado de medida cautelar nela proferida. Ou seja, seria razoável o deferimento de medida cautelar na ação ora sob estudo, o que diminuiria o peso de uma modulação.

4.5.20 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.001

A ação direta nº 4.001 carregava impugnação à Lei Complementar estadual nº 374/2007, do Estado de Santa Catarina, que, conforme se afirmou no item acima, fez inserir dispositivos na Lei Complementar estadual nº 254/2003, do Estado catarinense.

O ato legislativo impugnado era de 2007. A ação em comento foi inaugurada em dezembro de 2007. Seu julgamento se deu em fevereiro de 2009 (conjuntamente com a ação direta nº 4.009).

Como se pode atestar, a Lei Complementar estadual ora mencionada já o fora no item anterior. O próprio relator da ação as julga em conjunto, sob a afirmação segundo a qual o objeto de uma está contido no de outra.

Os mesmos comentários feitos em relação à ação direta nº 4.009 servem à nº 4.001. Veja-se que, se houvesse a concessão de medida cautelar no caso em tela, o texto legal catarinense impugnado não teria irradiado efeitos sequer por um ano.

4.6 BREVE FECHAMENTO SOBRE A AVALIAÇÃO EMPREENDIDA NESTE CAPÍTULO: O PONTO DO RITO SUMÁRIO

4.6.1 A compatibilidade entre eventual adoção do rito sumário e a avaliação de medidas cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade

Neste capítulo desta tese, tomou-se uma amostra de casos submetidos ao julgamento sumário em diversas ações diretas, nas quais, de acordo com os parâmetros adotados, era factível a prolação de medida cautelar por parte daquele Tribunal. O levantamento demonstrado no item anterior pode ser resumido na tabela abaixo veiculada:

Tabela 3: ações diretas de inconstitucionalidade e anos dos marcos indicados

ação direta nº	ato normativo impugnado	propositura da ação	julgamento
2.791	1999	2002	2006
3.628	2005	2005	2018
3.791	1995	2006	2010
4.639	2005	2011	2015
2.904	2002	2003	2009
4.641	2008	2011	2015
4.590	2010	2011	2021
3.430	2004	2005	2009
3.609	2005	2005	2014
3.796	2006	2006	2017
5.736	2009	2017	2021
4.233	2002/2009*	2009	2021
4.782	1989	2012	2021
5.681	2008	2017	2020
2.682	1989/1994/1996*	2002	2009
4.867	2007	2012	2020
3.498	2005	2005	2020

6.500	1989/2010/2014*	2020	2023
4.009	1992/1993/2007*	2008	2009
4.001	2007	2007	2009

Fonte: endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal

*Nessas ações diretas há atos impugnados de anos diferentes.

Do resumo acima estabelecido, constata-se que, no mais das vezes, o interregno compreendido entre o ano em que o ato normativo impugnado vem a lume e a respectiva ação direta de inconstitucionalidade é maior do que o intervalo de tempo que há entre a propositura desta e o correspondente julgamento.

Ou seja, um dos fatores que ampliam a necessidade de modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade tem a ver com a adoção do rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999.

A adoção do mencionado rito pode ocorrer nos casos em que há veiculação de medida cautelar. Todavia, o Supremo Tribunal Federal opta por seguir o julgamento sumário sem avaliar os respectivos reclamos pela tutela de urgência.

Há uma relação entre a adoção do rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, e a adoção da técnica de modulação de efeitos ao fim da tramitação de um processo de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

O ponto problemático não se dá, propriamente, na adoção do rito em si, mas tem a ver com a geração de um interregno até a prolação de decisão sobre a inconstitucionalidade de algum ato normativo atacado. Se não há avaliação das medidas cautelares pleiteadas, os processos podem ficar vários anos sem um pronunciamento sobre a inconstitucionalidade dos atos de cuja análise se necessita.

Não obstante ter-se mencionado acima trabalho científico no qual se indicou que a adoção do rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, evita o *duplo julgamento*, permanece o problema segundo o qual a adoção do rito caminha de mãos dadas com o silêncio da Corte Constitucional brasileira durante um considerável lapso temporal, com possibilidade de causa de danos em função da ausência de avaliação prévia por parte do Supremo.

Caso ocorresse a adoção das ditas medidas cautelares, ou seria evitada, ou seria diminuída a necessidade de modulação de efeitos das declarações que ocorreu nos pesquisados feitos judiciais.

E, na maioria dos casos, o intervalo de tempo entre a data da estreia do ato normativo impugnado no ordenamento jurídico e o protocolo da ação direta era muito menor do que o protocolo da ação direta e o julgamento final. Ou seja, o fato tempo operou mais pesadamente durante a tramitação do processo no Supremo.

A demora processual é – sabidamente – um problema que acomete aos jurisdicionados de maneira geral, e a resolução desse problema é assaz difícil. Mas, ao menos no âmbito do modal processual ora sob estudo, o exame acurado dos feitos, quando do início da marcha processual, pode fazer com que efeitos indesejados da demora de tramitação sejam esmaecidos.

Neste capítulo, viram-se processos nos bojos dos quais poderia haver manifestações cautelares por parte do Supremo Tribunal Federal.

Mas, ainda que se entenda que uma medida cautelar pode não ser confirmada (e, claro, isso é plenamente possível); ainda que se entenda que, ao se debruçar sobre uma ação, um ministro relator pode indeferir o pleito cautelar, o fato de os magistrados da Excelsa Corte deixarem de empregar uma análise preliminar em função da adoção do rito sumário ora estudado não parece boa medida.

É interessante notar que Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins, ao comentarem a importância da previsão estatuída pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, asseveram que

...hoje, mais da metade das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas não foram definitivamente julgadas, aguardando parecer nos gabinetes da Procuradoria-Geral da República, assoberbada pelo excesso de trabalho e escassez de procuradores, o que torna, em verdade, demorada a tramitação do processo – hoje levando em torno de 3 a 4 anos (às vezes, mais) entre a apreciação da liminar e a decisão final (Mendes; Martins, 2009, p. 367).

Veja-se que os comentários doutrinários acima transcritos ilustram aquilo que provavelmente o legislador desejava ao estabelecer o rito sumário para julgamento das

ações diretas de inconstitucionalidade: um julgamento mais célere nas ações mais importantes.

Todavia, de acordo com as observações levadas a efeito neste capítulo deste trabalho, vê-se que a – pura e simples – adoção do rito não equaciona o problema existente na relação entre o fator tempo e o respectivo julgamento de uma ação relevante. Antes disso, viram-se dois exemplos (tanto na arguição por descumprimento de preceito fundamental nº 323, quanto na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.365) nos quais, dada a relevância das respectivas matérias levadas a julgamento no Supremo Tribunal Federal, cada um dos relatores, em cada um dos casos, deferiu a medida cautelar, não obstante os feitos estarem submetidos ao rito sumário.

Os fatores levados em conta pelos magistrados para mensurar a relevância das matérias constantes daquelas ações não são sabidos, e nem serão perscrutados neste trabalho. Mas parece seguro afirmar que: (1) quando é do interesse da Corte Suprema, eventual medida cautelar pleiteada é avaliada; (2) não há incompatibilidade entre a adoção do rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, e a avaliação de eventual medida cautelar pleiteada em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

4.6.2 Uma preocupação que permanece: os processos submetidos ao julgamento do rito sumário sem decisão liminar de hoje serão as modulações de amanhã?

A preocupação que se acendeu neste capítulo permanece, conforme avaliação feita a partir de informações coletadas no já mencionado portal Corte Aberta, do Supremo Tribunal Federal.¹⁰¹

No portal, acessou-se o link *controle concentrado*. Diante dos botões do painel, foram feitas as filtrações, no elemento *filtros*, situado no campo superior esquerdo da interface constante da tela.

¹⁰¹ Acessou-se, em 02 de janeiro de 2024, o endereço eletrônico, na rede mundial de computadores: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/controle_concentrado/controle_concentrado.html

Em sendo assim, foram feitas as seguintes especificações: a classe de processo (adin's); o filtro “em tramitação?” (marcou-se a opção *sim*); o filtro “tem rito art. 12?” (marcou-se a opção *sim*).

Fez-se uma restrição na linha do tempo, para se proceder a um recorte de alguns anos (o painel dava – quando da coleta dos dados – a opção desde 1988 até 2023. Pegaram-se os últimos cinco anos, desde 2019, até 2023.

Essas informações constam da tabela abaixo:

Tabela 4: ações diretas de inconstitucionalidade em tramitação sob o rito sumário

Ano	quantidade de ações diretas de inconstitucionalidade
2019	41
2020	54
2021	63
2022	71
2023	46

Fonte: endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal

Quando são pesquisados os filtros acima sem se especificarem os processos sob tramitação do rito sumário, há 52 (cinquenta e dois) feitos no ano de 2019; 100 (cem), em 2020; 102 (cento e dois), no ano de 2021; 126 (cento e vinte e seis) no ano de 2022; e 224 (duzentos e vinte e quatro) em 2023.

Eis o resumo das informações trazidas no parágrafo acima:

Tabela 5: ações diretas de inconstitucionalidade sem rito sumário

Ano	quantidade de ações diretas de inconstitucionalidade
2019	52
2020	100
2021	102
2022	126
2023	224

Fonte: endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal

Das informações coletadas, vê-se que há um quantitativo considerável de demandas propostas colocadas sob o rito sumário.

Não se sabe em quantas delas os pedidos de inconstitucionalidade serão acolhidos. Também não se sabe em quantas delas haverá a necessidade de modulação de efeitos.

O fato é que, se fossem avaliadas as medidas cautelares, provavelmente seria – ao menos – diminuída a necessidade de modulação de efeitos de – eventuais – vindouras declarações de inconstitucionalidade.

A preocupação demonstrada neste capítulo permanece. A importância do tema ora trazido não perde seu vulto.

5 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, via de regra, situam-se na Constituição Federal, apesar de a própria Constituição prever que há direitos fundamentais fora dela. Dada a importância da Constituição Federal, é necessária a existência de técnicas que se destinem a resguardar tal texto normativo.

A atual visão de Estado clama pelo reconhecimento da força normativa da Constituição e a respectiva consagração dos direitos fundamentais. Hoje, concebe-se o Estado constitucional como sendo o mais adequado, não sendo admissível o desenho estatal fora das raízes da Carta Magna.

A importância da Constituição é diretamente proporcional à importância do controle de constitucionalidade, pois é este que assegura a higidez do documento constitucional frente a eventuais máculas que podem ser provocadas por majorias no parlamento em detrimento de direitos contramajoritários.

O Poder Judiciário tem uma incumbência particularmente importante, principalmente na defesa contramajoritária dos direitos e garantias fundamentais.

Em sendo majoritariamente reconhecido que a lei inconstitucional é lei nula, afirma-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade tem natureza declaratória, dado que reconhece um vício preexistente, inquinando um ato inconstitucional desde o seu surgimento, de modo a não se produzirem efeitos a partir do ato afastado. Isso é o que normalmente sói acontecer quando de uma declaração de inconstitucionalidade.

O artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 estabelece a possibilidade de modulação das ações ali regradadas, de modo que o Supremo Tribunal Federal, pela qualificada maioria de dois terços de seus membros, fixe o marco a partir do qual fluirão os efeitos da decisão que avalia a compatibilidade de ato impugnado em face da Constituição Federal.

Diante do acima exposto, têm lugar os seguintes questionamentos: (1) qual o fundamento de legitimidade para o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade? De forma correlata, questiona-se o seguinte: (1.1) se eventual possibilidade de o Supremo modular os efeitos de uma declaração de

inconstitucionalidade deflui da previsão estatuída no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999; bem como (1.2) tentar-se analisar pontos que ensejam a demora para se proferir um julgado de declaração de inconstitucionalidade (e não a demora judicial como um todo), uma vez que isso pode motivar a necessidade de modulação. A outra questão a ser levada a efeito é (2) analisar qualitativamente as fundamentações utilizadas pela mencionada Corte Constitucional para sustentar a modulação.

Para a confecção desta tese, realizou-se pesquisa descritiva quanto aos fins. Em relação aos meios, a pesquisa foi bibliográfica. Ainda quanto aos meios, a pesquisa foi documental, uma vez que foram analisados diversos julgados do Supremo Tribunal Federal nos quais houve modulação dos efeitos em ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Avaliaram-se qualitativamente as fundamentações exaradas nas decisões que modulam os efeitos das declarações de inconstitucionalidade para se verificar se as fundamentações são adequadas.

O método utilizado foi o indutivo, porque se fez a análise dos dados qualitativos (decisões do Supremo) para a construção de um quadro geral (a partir do parâmetro indicado no parágrafo anterior).

Neste trabalho, sustenta-se que é possível a modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, mas o fundamento para que o Supremo Tribunal Federal o faça não decorre necessariamente do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, mas dos direitos fundamentais possivelmente implicados pela operação de efeitos retroativos da nulidade a ser irradiada no caso submetido à análise do Supremo. Ou seja, o fundamento de legitimidade para a modulação há de ser observado dentro do caso objeto de avaliação. (Evidentemente, não deixa de ser uma ironia positivista o permissivo para a modulação estar numa lei, o que significa dizer que há possibilidade de se excetuar a Constituição com base numa lei, ato normativo que lhe é – obviamente – inferior).

Apesar de não se entender que o fundamento de legitimidade para as modulações de efeitos se irradie do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, neste trabalho não se sustenta a

simples extirpação do mencionado dispositivo legal do ordenamento brasileiro, pois nele há uma previsão que pode ser considerada hígida: o quórum qualificado.

Essa liturgia processual de previsão de um quórum mais robusto pode ser considerada em benefício da teoria segundo a qual, em regra, a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos retroativos. E a constatação é simples: como o quórum estabelecido pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 é mais numeroso do que o estabelecido pelo artigo 97 da Constituição Federal, é mais cerimonioso modular-se o efeito de uma declaração de inconstitucionalidade do que declarar-se uma inconstitucionalidade.

Portanto, o quórum mais restrito exigido pelo dispositivo legal acima indicado preserva a nulidade *ex tunc* do ato declarado inconstitucional, demandando o convencimento de um número maior de magistrados da Corte Suprema para que se dê eventual modulação de efeitos de uma eventual declaração de inconstitucionalidade. Logo, a exigência em tela acaba por funcionar como um controle de poder, além de operar em benefício da normal circunstância de a declaração de inconstitucionalidade gerar efeitos retroativamente.

Conforme visto no primeiro capítulo desta tese, há críticas ao disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. Aliás, o referido texto legal foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258, recentemente julgada. Seus pedidos não foram acolhidos, de modo que o citado artigo 27 foi tido como constitucional pela Suprema Corte.

Tendo em vista o aludido julgamento, é de se salientar a técnica da transcendência dos motivos determinantes, de modo que os motivos que sustentam a decisão proferida em sede de ações diretas de inconstitucionalidade – assim como nas outras espécies de ações do controle concentrado – também exercem força jurídica e são de observância obrigatória.

Em sendo assim, é mister reconhecer que há de se seguir a orientação do então Ministro Ricardo Lewandowski, quanto à necessidade de fundamentação conectada ao caso objeto de avaliação, para que seja possível aferir a base constitucional que os demais julgadores afirmam haver como sustentação para o instituto da modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade. Essa orientação vertida pelo referenciado Ministro vai ao encontro de entendimento que já vinha sendo confeccionado neste trabalho, à época em

vias de finalização, quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258.

E ainda cabe evocar, em reforço ao que aqui se expende, o disposto nos incisos I e V do artigo 927, do Código de Processo Civil, que – indubitavelmente – impõem o ônus de o Supremo Tribunal Federal observar a necessidade de fundamentação como programa a ser seguido para modular efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

Destarte, a Corte Suprema, seja pela transcendência dos motivos determinantes das ações do controle concentrado de constitucionalidade, seja pela incidência do artigo 927, em seus incisos I e V, terá a incumbência de seguir o programa que foi estabelecido por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258, e que tem a ver – pelo menos em parte – com o entendimento postulado nesta tese.

De acordo com a hipótese trabalhada nesta tese, segundo a qual a justificativa para a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade deflui do caso objeto de avaliação, com a devida observância dos direitos fundamentais envolvidos na particularidade do respectivo caso, é interessante notar a relação da modulação de efeitos com os direitos fundamentais.

Entende-se que a modulação de efeitos funciona como uma garantia fundamental, uma vez que tem a finalidade de proteger determinado direito fundamental passível de ser atingido pelos efeitos retroativos de uma declaração de inconstitucionalidade. Nesse ensejo, faz-se remissão ao teste de hipótese, talhado no item 2.8.

O afastamento da operação retroativa dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade deve se dar precisamente para proteger algum direito fundamental implicado em determinado caso objeto de avaliação. Essa deveria ser a justificativa da modulação de efeitos. Nesse passo, a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade funcionaria como limite ao exercício do Poder, sendo um meio a fazer valer os direitos fundamentais, regendo o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, que é uma instituição do Estado, prevenindo a violação de direitos fundamentais.

A modulação, assim, seria justificada pela proteção a um determinado direito fundamental, envolvido naquele caso especificamente levado à avaliação do Supremo.

Ademais, não é de se olvidar o arrimo constitucional que ela tem, haja vista a previsão estabelecida pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual as garantias estabelecidas na Carta Fundamental não afastam outras que defluam do próprio desenho constitucional brasileiro.

Também deve ser levado em consideração o papel político cumprido pela fundamentação de uma decisão do Supremo Tribunal Federal (de modulação de efeitos) em declaração de inconstitucionalidade.

No desenrolar do papel de proteção dos direitos e garantias fundamentais, ganha relevo o dever de o Poder Judiciário – neste particular, o Supremo Tribunal Federal – explicitar os motivos pelos quais as decisões são tomadas, seja pela previsão entabulada no artigo 93, IX, da Constituição Federal, seja pelo compromisso democrático que a Corte Suprema deve reforçar a cada julgado.

Há, ainda, outro elemento que pesa na imprescindibilidade da fundamentação das decisões judiciais: a dificuldade contramajoritária que a técnica de controle judicial de constitucionalidade enfrenta, uma vez que um tribunal composto por magistrados que não foram eleitos pelo voto suplanta atos normativos oriundos de estruturas estatais cujos membros foram eleitos pela população.

Sucedo que a atuação da Corte de vértice é para resguardar os direitos e garantias fundamentais ainda que – ou principalmente – contra eventuais ataques que uma eventual maioria lhe desfira.

Uma decisão judicial não fundamentada é nula. Uma decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade que – porventura – não esteja fundamentada não somente é nula, mas descumpre um compromisso político de legitimação a ser alcançado por aquela Corte.

As decisões proferidas pela Suprema Corte, em processos de controle de constitucionalidade, dado seu viés político, devem se ocupar de externar de maneira satisfatória as razões pelas quais se decide desta ou daquela maneira. E as decisões que modulam efeitos em declarações de inconstitucionalidade hão de cumprir esse percurso

com mais profundidade, porque, ao fim, elas acabarão por aceitar aquilo que, inicialmente, macularia a Constituição Federal.

É na fundamentação da decisão que modula os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade que o Supremo Tribunal Federal, no exercício de seu papel político e de abrigo contramajoritário contra eventuais violações de direitos e garantias fundamentais, deve justificar manifestamente esses papéis, ao enredar os direitos fundamentais que temperam o caso objeto de avaliação no fator tempo envolvido na operação – ou não – dos efeitos retroativos da referenciada declaração de inconstitucionalidade.

Em assim sendo, para que houvesse parâmetros satisfatórios à fundamentação das decisões judiciais, tomou-se, no capítulo 2, como teoria de base, uma formulação com aptidão a abordar o Direito como algo a ser construído a partir de uma situação com a qual se depara, em vez de algo necessariamente já dado, de forma pré-estabelecida. Recorre-se, neste particular, à formulação de Theodor Viehweg, um dos precursores da argumentação jurídica, bem como à retórica de Aristóteles.

Viehweg propõe um modelo de pensamento que busca soluções a partir do problema, dentro de uma estrutura tópica. A tópica representa uma corrente comprometida em abordar o pensamento a partir do problema, e não a partir do sistema. Quando se pensa com acento no sistema, depara-se com problemas que são solúveis e problemas que são insolúveis. Ou seja, partindo-se de um sistema, chega-se a uma seleção de problemas. Todavia, quando se pensa com acento no problema, tem-se como solução uma seleção de sistemas; busca-se um sistema que sirva de base para uma solução; parte-se do problema para se chegar a uma seleção de problemas.

Apesar da importância do problema para o autor ao qual se refere, há de se salientar que, para Viehweg, o sistema não deve ser descartado, apesar de não ocupar papel central em sua teoria. Também se podem trazer aqui os dizeres segundo os quais o pensamento dogmático se faz necessário.

Ou seja, o intérprete do direito não pode abrir mão das regras, devendo pautar seu julgamento também por elas. Em sendo assim, é mister ressaltar que os direitos

fundamentais devem operar como marco para a solução a ser dada em determinado caso objeto de avaliação, e, em sendo o caso, viabilizando a modulação. Esta deve servir à proteção de determinado direito fundamental posto em jogo nas declarações de inconstitucionalidade.

Assim, se sustenta que a tópica possibilita a flexibilização da interpretação jurídica, levando em consideração outros aspectos, que não os normativos, como a indagação do que é justo aqui e agora. É por isso que Viehweg vai buscar elementos para um exame mais profundo dos casos postos à análise do operador do Direito, no afã de se construir um modelo mais inventivo, no qual as análises efetuadas pelos juristas tenham o problema como ponto de partida. Em tal ponto, ele vai recorrer à tópica.

Levando-se em consideração que a função dos *topoi* é a de servir ao trato do problema, o modelo de pensamento desenhado por Viehweg propõe a busca de soluções a partir do problema, justamente no âmbito da estrutura tópica.

E aqui se combina a proposição de Viehweg com o presente trabalho: é pelo pensar com o acento no problema (e não no sistema) que se tenta construir uma possibilidade para a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade. É a partir da situação colocada caso a caso, com suas particularidades.

Acima, se afirmou que, para Viehweg, o operador do direito não pode eliminar as regras, balizando seu julgamento também por elas. Assim, é de se salientar que os direitos fundamentais hão de funcionar como marco balizador para a construção da solução a ser dada no caso específico em que a modulação se faz necessária.

Optou-se por se fazer um diálogo da teoria acima indicada com a retórica aristotélica. Busca-se, assim, uma complementariedade entre o ponto de partida do caso sob avaliação para a aporia fundamental do Direito e a possibilidade de fundamentação que se vê na arte retórica de Aristóteles

O que é apodítico tem a ver com o terreno da verdade, explorado pelos filósofos. Já o que é dialético, que está no terreno do opinável, está na atuação dos retóricos. Veja-se que Viehweg aqui aponta a questão situacional da retórica em Aristóteles como algo voltado à construção da opinião, e que vai se encadear com a tópica do estagirita.

A propósito, é na fundamentação de uma decisão judicial (no caso que aqui interessa, a decisão na qual se modulam efeitos de declarações de inconstitucionalidade) que se exprime o debate de ideias que gravitam em torno de determinado problema a ser analisado (e da sua respectiva e almejada solução).

Optou-se por se utilizar da retórica aristotélica como parâmetro de fundamentação para verificar a adequação das decisões judiciais que modulam efeitos de declarações de inconstitucionalidades, por se entender, conforme elucidado acima, que é possível a articulação entre a tópica de Viehweg e a retórica de Aristóteles, inclusive pelo fato de Aristóteles relacioná-la à dialética.

Platão enuncia que não há nada mais inerente à ciência do que a verdade, de modo a não ser possível terem a mesma natureza o filósofo e aquele que ama a falsidade. Aristóteles, por seu turno, conquanto fosse discípulo de Platão, teorizou sobre a retórica, sistematizou-a. A retórica, para ele, não teria função apenas de atingir a persuasão, mas de discernir seus meios em cada caso.

A partir desse vislumbre, não se trata apenas de se afirmar (ontologicamente, diga-se) que um objeto é belo ou feio; bom ou ruim; verdadeiro ou falso; justo ou injusto. Os caminhos que o conhecimento trilha para se chegar a uma ou outra afirmação não podem ser deixados para segundo plano. Em suma, o ontológico busca a verdade; o retórico, o argumento.

Também coube a Aristóteles separar, na retórica, a persuasão da erística. Esta se vale de meios reprováveis como dissimulação, mentira e ameaça, ao passo que aquela carrega uma exigência ética. Logo se vê que, apesar de a retórica não buscar a ontológica verdade do objeto, não é cabível se afirmar que ela autoriza a construção de uma realidade subjetiva, razão pela qual já se asseverou que não se pode dizer que a retórica defenda uma arbitrariedade da linguagem.

Aristóteles também identifica três meios de persuasão. O primeiro é o *ethos*, que depende do caráter pessoal do orador, que faz a plateia pensar que ele é digno de crédito. O segundo é o *pathos*, que leva um auditório a determinado estado de espírito, fazendo com

que os ouvintes sejam afetados pelas emoções. Por fim, há o *logos*, que depende do próprio discurso, que tem a ver com que o próprio discurso logra demonstrar.

O ideal é que a motivação de uma decisão judicial que module os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade demonstre a persuasão pelo *logos*, com indicação da resposta à aporia fundamental do Direito trazida por Viehweg, quando indaga o que é justo aqui e agora.

Tentou-se, então, vislumbrar as decisões do Supremo Tribunal Federal que modularam efeitos nas declarações de inconstitucionalidade a partir das balizas acima indicadas. O que se fez aqui foi analisar a necessidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da estrutura dos tópicos.

O que serve de tópico é o postulado constitucionalmente situado dentro de um caso sob avaliação. A partir deste marco é que se constata haver ou não necessidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A partir do momento em que esses pontos – de nível constitucional – podem ser maculados pela declaração de inconstitucionalidade, é possível que mister se faça a modulação de efeitos.

Em sendo assim, fez-se, no capítulo 3, uma breve descrição a respeito dos acórdãos avaliados em ações diretas nas quais houve modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

Muitos desses julgados já foram previamente selecionados quando o autor da presente tese estava a trabalhar em sua dissertação de mestrado. Acrescentaram-se, então, outros julgados ao levantamento. Depois dessa etapa, apanharam-se os julgados nos quais houve modulação de efeitos e se avaliaram as respectivas fundamentações sustentadoras de tais modulações.

Na maioria dos casos pesquisados, o Supremo Tribunal Federal não faz uma aproximação mais rente ao caso sob exame para verificar os direitos fundamentais que possam eventualmente ser protegidos pela modulação de efeitos.

O que é interessante observar é que – apenas pela verificação dos acórdãos lançados – nota-se que há direitos fundamentais que podem ser atingidos caso as nulidades provenientes das declarações de inconstitucionalidade operem efeitos retroativos.

Todavia, em vários casos, as fundamentações descrevem de maneira mais esmiuçada como uma nulidade *ex tunc* de uma declaração de inconstitucionalidade atingiria um direito fundamental que se encontra no pano de fundo de uma modulação.

O ideal seria que o Supremo Tribunal Federal aprofundasse o exame do caso objeto de avaliação sob análise para dele extrair o postulado constitucional a ser preservado. Assim, seria preservada a própria Constituição Federal em uma modulação. Não se fazendo tais expedientes, a Carta Magna, em sendo simplesmente excetuada sem que se levem em consideração os direitos fundamentais porventura implicados, acaba sendo ofendida, dada a prevalência, mesmo que durante uma transitoriedade, dos efeitos de um ato normativo inconstitucional.

A questão a ser notada a respeito da modulação é que ela pode ser útil – *rectius*, necessária – à preservação de determinado direito fundamental. Todavia, seria imperioso que se lançassem publicamente as motivações (pelo *logos*) de uma decisão que modula efeitos de declarações de inconstitucionalidade. Em se o fazendo, seria legitimado excetar-se a vigência constitucional – que é o que a modulação faz – em favor da preservação de um direito fundamental.

Em outras palavras, a modulação promove, inevitavelmente, um hiato constitucional, tendo em vista que ela tolera a produção de efeitos de um ato normativo inconstitucional durante um determinado interregno. Esse hiato constitucional ao qual se faz menção há de ser preenchido com (outra) substância constitucional (aqui, o direito fundamental a ser preservado pela modulação), ou seja, legitima-se a modulação por conta de arrimo constitucional. O fundamento da modulação não depende, propriamente, da lei; ela decorre da própria Constituição Federal.

Apesar de o fundamento de legitimidade da modulação não ser, em substância, decorrência de legislação ordinária, conforme o entendimento ora sustentado, a exigência de quórum qualificado para a modulação, prevista pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/1999,

parece ser uma boa medida, uma vez que em benefício da teoria segundo a qual, em regra, a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos retroativos. Ou seja, é mais cerimonioso modular-se o efeito de uma declaração de inconstitucionalidade do que declarar-se uma inconstitucionalidade.

O presente trabalho também tentou identificar outro ponto a partir do qual cresce a necessidade de modulação de efeitos: o efeito tempo. O decorrer do tempo entre o início da irradiação de efeitos de um ato normativo e a declaração de sua inconstitucionalidade é algo que, em regra, aumenta a necessidade de modulação de efeitos da correspondente declaração de inconstitucionalidade. O prisma sob o qual se trabalhou na presente tese em relação a tal particularidade teve como referência o julgamento sumário da ação direta de inconstitucionalidade e efeitos colaterais ocorridos a partir da adoção de tal rito. Essa tarefa foi realizada no capítulo 4.

Para se averiguar o trabalho proposto no capítulo 4, tentou-se construir uma utilização de técnica processual a fim de minorar efeitos de eventual demora na tramitação de feitos submetidos ao Supremo Tribunal Federal na avaliação das ações diretas de inconstitucionalidade.

Tentou-se analisar se há algo ao alcance dos ministros da Suprema Corte para tentar fazer com que sejam minorados os efeitos da eventual demora processual.

Nessa perspectiva, indica-se algo ao alcance do Supremo Tribunal Federal – do ponto de vista de técnica processual – para diminuir a necessidade de modulação de efeitos em suas declarações de inconstitucionalidade oriundas das ações submetidas ao julgamento sumário, previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999. Constata-se haver uma relação entre a adoção do rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, e a adoção da técnica de modulação de efeitos ao fim da tramitação de um processo de controle de constitucionalidade na Corte Suprema.

O rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei acima citada é o rito sumário, a ser adotado nos casos em que houver pedido de medida cautelar e o relator entender que há uma importância tal a ponto de ser necessário que o julgamento definitivo se faça imprescindível. Nesses casos, o relator não avalia a medida cautelar.

Ocorre, todavia, que o julgamento definitivo – almejado pela adoção do rito – demora vários anos a ocorrer, de modo que, nos processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal verificados para fins da avaliação então realizada, aplicou-se o rito previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, sem exame da liminar pleiteada e também sem uma resposta definitiva célere quanto ao objeto do processo.

É importante salientar que o problema para o qual se chama atenção não é a adoção do rito sumário em si, mas sim a geração de um interregno até a prolação de decisão sobre a inconstitucionalidade de algum ato normativo atacado. Sem a avaliação das medidas cautelares pleiteadas, os processos podem ficar vários anos sem um pronunciamento – seja definitivo, seja provisório – sobre a inconstitucionalidade dos atos de cuja análise se necessita.

Entende-se, aqui, que é possível a aplicação do rito sumário para julgamento das ações (neste trabalho não se manifestam oposições à adoção do rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999) e, ainda assim, efetuar-se a avaliação da medida cautelar pleiteada. Aliás, na arguição por descumprimento de preceito fundamental nº 323, o Supremo Tribunal Federal adotou o rito do artigo 12 e, ainda assim, deferiu a medida cautelar pleiteada. Tal expediente também fora realizado na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.365.

O que se fez no capítulo 4 foi tomar-se uma amostra de casos submetidos ao julgamento sumário, em diversas ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais, de acordo com os parâmetros adotados, era factível a prolação de medida cautelar por parte daquele Tribunal.

E se afirma que a medida cautelar era plausível, seja pelo fato de determinadas inconstitucionalidades serem facilmente constatáveis (como inconstitucionalidades formais, como as que se dão por vício de iniciativa); seja pelo fato de já haver julgados do Supremo que datam de antes da promoção da ação direta na qual o julgador não avaliou a medida cautelar.

No item no qual se relatou esse levantamento feito, tentou-se adotar parâmetros de razoabilidade, indicando que a concessão de uma medida cautelar era factível e evitaria efeitos do tempo (o que aumenta a necessidade de modulação de efeitos).

Na maioria dos casos, o intervalo de tempo entre a data da estreia do ato normativo impugnado no ordenamento jurídico e o protocolo da ação direta era muito menor do que o protocolo da ação direta e o julgamento final. Ou seja, o fato tempo operou mais pesadamente durante a tramitação do processo no Supremo.

Em sendo assim, se o Supremo fizesse avaliar as medidas cautelares, seriam menores as demandas por modulação de efeitos.

De todo modo, as preocupações que movem o ânimo deste trabalho permanecem, mesmo após o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, haja vista o levantamento complementar tratado no item 3.3, no qual se viu que, no mais dos casos, o Supremo Tribunal Federal não se aprofunda suficientemente no problema posto para justificar a modulação empregada.

Ademais, no item 4.6.1, também se viu que permanecem as questões referentes à adoção do rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999.

E, de acordo com o que se viu no item 1.4.3, não se descarta a possibilidade de se alterar o quórum para a modulação de efeitos. Isso geraria mais facilidade para a modulação, o que não se entende adequado, uma vez que o atual quórum exige uma aquiescência de maior número de ministros, o que parece ser mais consentâneo ao compromisso democrático a ser atingido pelo Supremo.

Em outras palavras, as questões ora levantadas continuam a gerar as preocupações que movem este trabalho.

Considerando-se os pontos tratados nesta tese, entende-se que é possível a modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, mas o fundamento de legitimidade para tanto não decorre do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, mas dos direitos fundamentais possivelmente implicados pela operação de efeitos retroativos da nulidade a ser irradiada

no caso submetido à análise do Supremo. Ou seja, o fundamento de legitimidade para a modulação há de ser observado dentro de cada caso objeto de avaliação.

Entende-se, assim, que a modulação de efeitos funciona como uma garantia fundamental, uma vez que tem a finalidade de proteger determinado direito fundamental passível de ser atingido pelos efeitos retroativos de uma declaração de inconstitucionalidade. Evoca-se, aqui, a aplicação do artigo 5º § 2º, da Constituição Federal.

O fato de o Supremo Tribunal Federal ter julgado a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258 reforça o entendimento trazido neste trabalho, sobretudo pelo posicionamento trazido pelo então Ministro Ricardo Lewandowski (evoca-se aqui a transcendência dos motivos determinantes), no sentido de que as modulações devem ter fundamentação conectada com o caso em análise, e as decisões moduladoras não podem ser desarrazoadas.

Na maioria das decisões pesquisadas, o Supremo Tribunal Federal não avaliou as fundamentações para as modulações de efeitos de forma a captar as nuances dos casos sob análise.

Também se entende que a Corte Suprema deve avaliar as medidas cautelares pleiteadas independentemente da aplicação do rito estabelecido pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, pois, se o Supremo avaliasse as medidas cautelares, seriam menores as demandas por modulação de efeitos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi. Revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica de Aristóteles e o direito**: bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica. Curitiba: CRV, 2014.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed., Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. n. 17, pp. 267-279, 1999, pp. 269-273.

ALI, Anwar Mohamad. Reclamação e transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 27, n. 106, p. 97-118, abr./jun. 2019.

ALMEIDA, Juvêncio Costa. Theodor Viehweg: jurisprudência, pensamento problemático e o retorno à tópica jurídica. **Revista Direito e Liberdade**, v. 14, n. 2, p. 99-116, 2012.

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 8ªed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação & STF**: a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008.

ARISTÓTELES. **Órganon**: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. 3ª ed., São Paulo: Edipro, 2016.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª. ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Ruy. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Arquivo acessado pelo endereço eletrônico <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224197>. Capital Federal [Rio de Janeiro]: Companhia Impressora, 1893.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99 – processo do controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).
BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, Rio de Janeiro: 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

BENAVIDES, Patricio Martínez. **Sobre la influencia de Tópica y Jurisprudencia de Viehweg en el método de interpretación constitucional de Hesse**. Derecho y Justicia, n. 4, p. 117-138, 2014.

BEZERRA, Vladimir Cunha; GONÇALVES, Tiago Figueiredo e DE ASSIS, Gabriel Zoboli. **Problemas decorrentes da aplicação do rito sumário em julgamentos do controle concentrado de constitucionalidade**. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio; SEDLACEK, Federico; ZANETI JÚNIOR, Hermes (organizadores). **Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual (Volume II)**. Serra: Editora Milfontes, 2019, pp. 761-770.

BEZERRA, Vladimir Cunha. **Ação rescisória** – o início do prazo da ação fundada em decisão de inconstitucionalidade: análise do art. 525, § 15, do CPC. Curitiba: Juruá, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRAGA, Fernanda Figueira Tonetto; GUERRA, Sidney. LA PROTECTION DE LA DIGNITÉ HUMAINE COMME POINT DE CONVERGENCE ENTRE LA CONSTITUTIONNALISATION ET L'INTERNATIONALISATION DU DROIT. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 21, n. 3, p. 119-140. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.098**. Contratação de pessoal pela administração penitenciária estadual por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária. Inconstitucionalidade. Rel: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2008, DJE 05/05/2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.791**. Lei que incluía servidores não remunerados no regime próprio de previdência estadual dos servidores estaduais. Inconstitucionalidade. Rel Min. GILMAR MENDES; Tribunal Pleno, Julg. 22/04/2009; DJE 04/09/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.628**. Lei estadual que dava margem à Amapá Previdência assumir pagamento de benefícios de aposentadoria e pensão concedidos por quaisquer dos Poderes daquele Estado, pelo Ministério Público ou pelo Tribunal de Contas, durante o período de vigência do Decreto nº 87, de 6 de junho de 1991. Inconstitucionalidade. Rel Min. DIAS TOFFOLI; Tribunal Pleno, Julg. 08/03/2018; DJE 10/10/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.791**. Lei distrital que autorizava o Poder Executivo Estadual a conceder uma gratificação de risco de vida aos policiais militares e bombeiros militares. Inconstitucionalidade. Rel Min. AYRES BRITTO; Tribunal Pleno, Julg. 16/06/2010; DJE 27/08/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.639.** Lei criadora de regime diferenciado de aposentadoria para os integrantes do serviço notarial e registral, não remunerados pelos cofres públicos. Inconstitucionalidade. Rel Min. TEORI ZAVASCKI; Tribunal Pleno, Julg. 11/03/2015; DJE 08/04/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.904.** Lei complementar estadual estabelecadora de regras diferenciadas para aposentadoria de policiais. Inconstitucionalidade. Rel Min. MENEZES DIREITO; Tribunal Pleno, Julg. 15/04/2009; DJE 25/09/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.641.** Lei complementar estadual que inseria, dentre os segurados do regime próprio de previdência daquela unidade federativa, os notários, registradores, oficiais maiores e escreventes juramentados. Inconstitucionalidade. Rel Min. TEORI ZAVASCKI; Tribunal Pleno, Julg. 11/03/2015; DJE 10/04/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4.590.** Lei estadual que estabeleceu necessidade de graduação em Direito para o ingresso no Quadro de Oficiais da Polícia Militar. Inconstitucionalidade. Rel Min. GILMAR MENDES; Tribunal Pleno, Julg. 14/06/2021; DJE 25/06/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.430.** Lei Complementar estadual autorizador para o Poder Executivo estadual efetivar contratação temporária de servidores em caso de interesse público, sem a prévia realização de concurso público. Inconstitucionalidade. Rel Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Tribunal Pleno, Julg. 12/08/2009; DJE 23/10/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.907.** Portaria de Tribunal de Justiça estadual que disciplinava horário de trabalho dos servidores do Poder Judiciário. Inconstitucionalidade. Rel Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Tribunal Pleno, Julg. 04/06/2008; DJE 29/08/2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.609.** Emenda constitucional que efetivou servidores públicos admitidos na Administração sem a observância de prévio concurso público, inconstitucionalidade. Rel Min. DIAS TOFFOLI; Tribunal Pleno, Julg. 14/06/2021; DJE 14/09/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.580.** Lei estadual que conferia títulos àqueles candidatos que já tivessem prestado serviços notariais e que tivessem apresentado trabalhos em congressos notariais. Inconstitucionalidade. Rel Min. GILMAR MENDES; Tribunal Pleno, Julg. 20/05/2015; DJE 03/08/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.796.** Lei estadual que reestabelecia benefícios fiscais que foram cancelados. Inconstitucionalidade. Rel Min. GILMAR MENDES; Tribunal Pleno, Julg. 08/03/2017; DJE 01/08/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.736.** Lei estabelecia que o outorgante de mandato judicial realizasse contribuição previdenciária em favor da Carteira de Previdência dos Advogados do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade. Rel Min. ANDRÉ MENDONÇA; Tribunal Pleno, Julg. 05/12/2022; DJE 10/01/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.233.** Lei estadual que reestruturava o Grupo Operacional do Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Inconstitucionalidade. Rel. Min. ROSA WEBER. Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Tribunal Pleno, Julg. 01/03/2021; DJE 29/04/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.782.** Dispositivo de Constituição estadual estabelecadora de direito aos servidores públicos civis estaduais à incidência da gratificação adicional por tempo de serviço sobre o valor dos vencimentos. Inconstitucionalidade. Rel Min. GILMAR MENDES; Tribunal Pleno, Julg. 24/02/2021; DJE 10/03/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.682.** Lei complementar estadual que conferia ao Governador a faculdade de nomear e exonerar livremente o Procurador-Geral do Estado, o Subprocurador-Geral do Estado, o Procurador de Estado Corregedor e o Procurador de Estado Chefe. Inconstitucionalidade. Rel. Min. ROSA WEBER; Tribunal Pleno, Julgado em 20/09/2019; DJE 03/10/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.660.** Destinação a certas entidades privadas do produto de arrecadação de custas judiciais. Inconstitucionalidade. Rel: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJE 09/05/2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.498.** Lei distrital dispoendo a respeito de serviço notarial e de registro. Inconstitucionalidade. Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2020, DJE: 01/06/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.681.** Resolução estadual promovendo desanexação de determinados serviços de registro civil e de tabelionato. Inconstitucionalidade. Rel Min. CÁRMEN LÚCIA; Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2020; DJE 03/12/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.472.** Emenda Constitucional com disposições referentes à remuneração, garantias e impedimentos em relação aos auditores substitutos de conselheiros do Tribunal de Contas. Inconstitucionalidade. Rel Min. CÁRMEN LÚCIA; Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2023; DJE 05/05/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.365.** Lei Complementar estadual com previsão de transferência, ao Poder Executivo, de parcela dos depósitos judiciais e administrativos para pagamento de precatórios

judiciais e outras finalidades previstas no referido diploma legislativo. Inconstitucionalidade. Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/02/2023, DJE: 02/03/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.867.** Lei criadora de cargos em comissão sem observância de concurso público. Inconstitucionalidade. Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2020, DJE: 06/10/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.510.** Dispositivos veiculados por Lei Complementar estadual com reestruturação da carreira de Agente Fiscal da Coordenação da Receita estadual. Rel. Min. ROBERTO BARROSO. Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN; Tribunal Pleno, Julg. 05/06/2023; DJE 08/08/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.762.** Lei Complementar estadual com critério de aferição para promoção por antiguidade em relação a magistrados estaduais. Inconstitucionalidade. Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/02/2023, DJE: 02/03/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.741.** Dispositivo de Lei Complementar estadual com disposições a respeito da idade mínima e máxima para ingresso na magistratura do aludido Estado-membro. Inconstitucionalidade. Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/02/2023, DJE: 02/03/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.317.** Lei Complementar nº 11795/2002, do Rio Grande do Sul. Dispositivos de legislação estadual com previsão de formas de apuração de antiguidade na carreira de Defensor Público para fins de promoção. Inconstitucionalidade. Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2023, DJE: 10/05/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.283.** Dispositivos de Lei Orgânica de Ministério Público estadual que dispõem sobre critérios para apuração de antiguidade. Inconstitucionalidade. Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2023, DJE: 10/05/2023

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.522.** Tempo anterior na titularidade do serviço para o qual se realiza o concurso público como critério de desempate. Inconstitucionalidade. Rel. Min. MARCO AURÉLIO; Tribunal Pleno, Julg. 24/11/2005; DJE 12/05/2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.650.** Financiamento de campanhas eleitorais. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. Rel. Min. LUIZ FUX; Tribunal Pleno, Julg. 17/09/2015; DJE 24/02/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.900.** Subteto dos servidores estaduais. Inconstitucionalidade. Rel. Min. TEORI ZAVASCK;

Redator do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO; Tribunal Pleno, Julg. 11/02/2015; DJE 20/04/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.163.** Falta de necessidade provisória que legitime a contratação de policiais temporários. Inconstitucionalidade. Rel Min. LUIZ FUX; Tribunal Pleno, Julg. 08/04/2015; DJE 18/05/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.949.** Vantagens em concursos públicos a certos cidadãos que venham prestando serviços à Administração Pública. Inconstitucionalidade. Rel Min. JOAQUIM BARBOSA; Redator do acórdão: Min. MARCO AURÉLIO; Tribunal Pleno, Julg. 26/09/2007; DJE 28/05/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.009.** Vinculação/equiparação de remunerações de policiais civis e policiais militares à remuneração percebida pelos delegados de polícia civil. Inconstitucionalidade. Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2009, DJE: 29/05/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.001.** Vinculação/equiparação de remunerações de policiais civis e policiais militares à remuneração percebida pelos delegados de polícia civil. Inconstitucionalidade. Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2009, DJE: 29/05/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258.** Impugnação a dispositivos da Lei nº 9.868/1999. Ação julgada improcedente. Rel Min. DIAS TOFFOLI; Redatora do Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA; Tribunal Pleno, Julg. 03/04/2023; DJE 20/06/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.154.** Impugnação a dispositivos da Lei nº 9.868/1999. Ação julgada improcedente. Rel Min. DIAS TOFFOLI; Redatora do Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA; Tribunal Pleno, Julg. 03/04/2023; DJE 20/06/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.126.** Lei distrital que dispõe sobre incorporação de gratificação em favor dos Conselheiros do Tribunal de Contas. Inconstitucionalidade. Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2023, DJE: 04/05/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.500.** Dispositivos de Constituição e Lei Complementar estaduais que criavam e estruturavam a Assessoria Jurídica Estadual vinculada à Procuradoria Geral do Estado. Inconstitucionalidade. Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2023, DJE: 08/05/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.310.** Lei Complementar estadual que estabelecia critérios para a remoção de defensores públicos estaduais. Inconstitucionalidade. Rel Min. DIAS TOFFOLI; Tribunal Pleno, Julg. 22/08/2023; DJE 09/10/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.312.** Lei Complementar estadual que estabelecia critérios para a remoção de defensores públicos estaduais. Inconstitucionalidade. Rel Min. DIAS TOFFOLI; Tribunal Pleno, Julg. 22/08/2023; DJE 09/10/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.295.** Lei Complementar estadual que estabelecia critérios para a remoção de promotores de justiça. Inconstitucionalidade. Rel Min. DIAS TOFFOLI; Tribunal Pleno, Julg. 22/08/2023; DJE 09/10/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.302.** Lei Complementar estadual que estabelecia critérios para a remoção de defensores públicos estaduais. Inconstitucionalidade. Rel Min. DIAS TOFFOLI; Tribunal Pleno, Julg. 22/08/2023; DJE 09/10/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.306.** Lei Complementar estadual com regras para aferição de antiguidade e remoção de Defensores Públicos. Inconstitucionalidade. Rel Min. ROBERTO BARROSO; Tribunal Pleno, Julg. 03/07/2023; DJE 17/07/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 7.282.** Normatização em Lei Complementar estadual com regras para aferição da antiguidade de Promotores e Procuradores de Justiça. Inconstitucionalidade. Rel Min. ROBERTO BARROSO; Tribunal Pleno, Julg. 03/07/2023; DJE 17/07/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.915.** Pisos salariais, em favor dos ocupantes de cargos e funções no serviço público estadual, e gratificação de encargos especiais, em favor de policiais civis e militares estaduais. Inconstitucionalidade. Rel Min. NUNES MARQUES; Tribunal Pleno, Julg. 22/08/2023; DJE 13/09/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.037.** Diplomas normativos estaduais com previsão de que resultados de consultas populares referentes a investimentos públicos tivessem caráter vinculante. Inconstitucionalidade. Rel Min. NUNES MARQUES; Tribunal Pleno, Julg. 02/10/2023; DJE 21/11/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 323.** Afastamento de ultratividade de benefícios existentes em normatizações coletivas de trabalho. Procedência. Rel: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2022, DJE 15/09/2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 915.** Convocação temporária de profissionais sem prévio vínculo efetivo com a administração pública estadual para suprir vacância de cargo público efetivo. Inconstitucionalidade. Rel: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2022, DJE 29/08/2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 122.202**. Limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Rel. Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 10/08/1993, DJE: 08/04/1994.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 8000102-81.2016**. Lei Complementar municipal e Decreto municipal viabilizadores de provimento de cargos públicos em comissão fora dos casos constitucionalmente autorizados. Inconstitucionalidade. Orleans; Órgão Especial; Relª Desª Maria do Rocio Luz Santa Ritta; DJSC 18/08/2020.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**. Volume primo. Napoli: Morano, 1965.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição da República portuguesa: lei do tribunal constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato**. Milano: A. Giuffrè Editore, 1978.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. v. 9 n. 1, 14ª Edição, pp. 137-155, 2016.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. A declaração de inconstitucionalidade das leis e a lógica do sistema jurídico. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 38/2002, p. 192-204.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal** (comentários à lei 9.784, de 29/1/1999). 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CHANTEBOUT, Bernard. **Droit constitutionnel**. 19ª ed. Paris: Armand Colin, 2002.

COELHO, Marcos Vinícius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COURA, Alexandre de Castro; OMMATI, José Emílio Medauar. PROBLEMAS DA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO À LUZ DA IDEIA DE DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 21, n. 3, p. 311-336. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2020.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**, volume 250, pp. 197-227, 2009.

DE BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Tópica e argumentação jurídica**. Revista de informação legislativa, n. 163-164, p. 153, Brasília: 2004.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Alan Neil Ditchfield. 2ª ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

DÍAZ, Francisco Javier Dorantes. **La tópica**. Alegatos, 2020, vol. 1, no 32, p. 183-190.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Editora Juspodivm, Volume 2, 10ª ed., 2015.

DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; e BRAGA, Paula Sarno. In: CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo. (coordenadores). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2015, pp. 704-744.

DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

ESTEVES, Carolina Bonadiman (coord.). **O impacto da gestão e do funcionamento dos cartórios judiciais sobre a morosidade da justiça brasileira**: diagnóstico e possíveis soluções. Brasília: Ministério da Justiça, 2011

FERREIRA, Natália Braga. Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy. **Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro**, n. 2, p. 117-142, 2010.

FERREIRA, Olavo Augusto Viana Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

FILHO, Pedro Luiz do Nascimento. Medidas cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade. In: COUTINHO, Diogo R.; e VOJVODIC, Adriana M. (organizadores). **Jurisprudência constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros, pp. 176-196, 2009.

FISHER, Louis. Constitutional **Dialogues**: interpretation as a political process. New Jersey: Princeton University Press, 1988.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Volume II: Formação constitucional do Brasil. Forense, Rio de Janeiro, 1960.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária. **Revista dialética de direito tributário**. nº 56, São Paulo: Oliveira Rocha, pp. 19-24, maio/2000.

FREITAS, Leonardo e Silva de Almendra. **O estado da arte da modulação tributária no âmbito do Supremo Tribunal Federal: critérios e prognósticos.** Revista de Direito Tributário Contemporâneo, vol. 14/2018, p. 181-191, RT, São Paulo, 2018.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes: a necessária compreensão da *ratio decidendi*, da tese e do dispositivo do precedente. **Revista de Processo.** vol. 325. ano 47. p. 379-407. São Paulo: Ed. RT, março 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Processo de conhecimento e cumprimento da sentença: comentários ao CPC de 2015.** Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2016.

GAMBA PRATA DE CARVALHO, Angelo; ROESLER, Claudia Rosane. A recepção da Tópica ciceroniana em Theodor Viehweg. **Revista Direito e Práxis**, pp. 26-48, 2015.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Tópica, derecho y método jurídico.** Valencia: 1987.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais.** Esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GERA, Renata Coelho Padilha. **A natureza e os efeitos da inconstitucionalidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

GORETTI, Ricardo. **Manual de mediação de conflitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRETTER, Eloise Mari. A modulação dos efeitos temporais da decisão em controle concentrado de inconstitucionalidade: garantia à segurança jurídica. **Revista Da ESMESC.** Volume 18, nº 24, pp 263–290, Florianópolis, 2011.

GUASQUE, Luis Fabião. **O controle de inconstitucionalidade das leis.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2012.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da proporcionalidade no direito do trabalho: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JAPIASSÚ, Hilton; e MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito constitucional: teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3ª ed. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Revista Quaestio Iuris**, v. 9, n. 1, p. 244-271, fev. 2016.

KREUZBAUER, Guenther. **Topics in contemporary legal argumentation: Some remarks on the topical nature of legal argumentation in the continental law tradition**. *Informal Logic*, vol. 28, no 1, p. 71-85, 2008.

LAÊRTIOS, Diôgenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. Tradução: Mário da Gama. 2ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

LAPLACETTE, Carlos José. **Teoría e práctica del control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2016.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

MAGALHÃES, Breno Baía. O atual perfil do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro: análise de questões pontuais do controle concentrado de constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, volume 4, nº. 02, Natal, 2011.

MASCARO, Alex Antonio. **Segurança jurídica e coisa julgada: sobre cidadania e processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira de 1981**. Prefácio de Eros Roberto Grau. Brasília: Ed. fac-similar, Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHEL, Voltaire de Freitas; e DEITOS, Marc Antoni. Perspectivas para a modulação de efeitos da decisão nos recursos especiais. **Revista de Processo**. vol. 306/2020, p. 327-343, RT, São Paulo, Ago/2020.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos: precedentes e controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **De l'esprit des lois**. Paris, FR: Garnier-Frères, 1949, (vol. II)

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORELLI, Mariano G. **Pensar el Derecho desde el problema**. Theodor Viehweg: Tópica y Sistema en la Historia del Derecho. Revista Trabajos del Centro, v. 5, Rosario: 2002.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Comentários aos artigos 485 ao 508, do Código de processo civil. In: CÂMARA, Hélder Moroni (coordenador). **Código de processo civil: comentado**. São Paulo, Almedina, 2016, pp. 655-672.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª ed., de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEDRA, Anderson Sant Ana. O Tribunal Constitucional e o exercício da função legislativa *stricto sensu* para a efetivação dos direitos fundamentais em decorrência de uma omissão legislativa inconstitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 11, p. 221-256, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PUGLIESE, William Soares; e RUTANO, Leandro José. **Ponderação no Novo Código de Processo Civil**: Considerações sobre o Art. 489, § 2º. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* nº 69, Nov/Dez de 2015.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 143, pp. 313-320, jul./set. 1999.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia, v. 4**: de Spinoza a Kant. Tradução - Ivo Storniolo, São Paulo: Paulus, 2005.

RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. Democracia e controle de constitucionalidade. *In*: SARMENTO, Daniel (organizador). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 219-231.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial**: judicial activism or democratic dialogue. Toronto: Irwin Law Inc, 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROESLER, Claudia Rosane. O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da argumentação jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v. 4, nº 3, 3º quadrimestre de 2009.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**: tópica, discurso, racionalidade. 2ª ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SANZ BAYÓN, Pablo. Sobre la Tópica Jurídica en Viehweg. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, Nº 16, pp. 83-108, 2013, P. 99.

SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade. *In*: SARMENTO, Daniel (organizador). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 101-138

SCALABRIN, Felipe; e SANTANNA, Gustavo. **Lições de direito constitucional: controle de constitucionalidade**: de acordo com a emenda constitucional nº 96/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Lucas Régis Lancaster Merino. **O desenvolvimento da jurisdição constitucional brasileira**: um estudo da evolução histórica, doutrinária e normativa da Jurisdição Constitucional entre a Proclamação da República e a Constituição de 1988. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021.

SILVA, Yuri de Oliveira Dantas. **Anulação e controle das normas jurídicas**: uma análise a partir da ação direta de inconstitucionalidade. Campo Grande: Contemplar, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do Princípio Democrático. *In*: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 285-325.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais e seus métodos de interpretação (da Tópica Jurídica de Theodor Viehweg ao Método Concretizador de Peter Häberle). **Revista Direito em Debate**, v. 10, n. 15, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002.

STRECK, Lenio Luiz; LOPES, Ziel Ferreira. O FUTURO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DIÁLOGOS ENTRE MUDANÇA INSTITUCIONAL E TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO, **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 23, n. 2, p. 11-30. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2020.

TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: CLÉVE, Clémerson Merlin (coordenador); PEREIRA, Ana Lucia (coordenadora assistente). **Direito constitucional brasileiro: volume II**: organização do Estado e dos poderes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 669-705.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com andor que o santo é de barro”). *In*: NERY JUNIOR, Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenação). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 135-166.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TESSARI, Cláudio. **Modulação dos Efeitos no STF** – parâmetros para definição do excepcional interesse social. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC** – Fundamentos e sistematização. 3ª. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRES, Artur. **Sentença, coisa julgada e recursos cíveis codificados**: de acordo com as leis 13.105/2015 e 13.256/2016. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

VELTEN, Wolfram. **Juristic topics in English legal theory**: The 'topical' method of finding and legitimizing premises for the solution of 'hard cases' in the light of English legal theory. 1990. Tese de Doutorado. Durham University.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEHWEG, Theodor. **Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico**. Tradução de Carolina Campo de Melo. Disponível em: < http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur >, 1969.

VIEHWEG, T. **La logique moderne du droit**. Estudios de Derecho, [S. l.], v. 25, n. 70, p. 299–309, 1966.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução de Kelly Susane Aflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Traducción, Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sentença*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. (coordenadores). **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 373-391.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3ª, Salvador: Juspodivm, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.