

# STF deve suspender julgamento que gerou briga

09/10/2007

A alteração entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, na sessão plenária do dia 27/09, teve grande destaque na imprensa.

O entrave se deu quando Gilmar Mendes retomou a ação direta de inconstitucionalidade 2.949/MG, que havia sido julgada no

dia anterior, tendo a Corte declarado a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 7º, da Lei 10.254/90, que instituiu o regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado de Minas Gerais.

Buscava ele delimitar os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que na sessão anterior não fora atingido o quorum necessário para tal deliberação, ao que Joaquim Barbosa redargüiu que tal conduta seria um “jeitinho” de modificar o julgado.

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:Arial'>Esclareça-se que na sessão do dia 26/09, o STF, por unanimidade e na esteira de vários precedentes[1],

entendeu que o dispositivo da lei estadual em questão afrontava o artigo 37, inciso II, da CF/88, que condiciona a investidura em cargo ou emprego público à prévia aprovação em concurso público, respeitando-se, obviamente, a ordem de classificação dos aprovados.

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:Arial'>Ora, a lei mineira estabeleceu como condicionante à investidura em cargo público “*apenas aprovação em concurso público*”, ou seja, fez tábula rasa do (imprescindível) respeito à ordem de classificação dos aprovados, resultando daí a indevida mitigação do dispositivo constitucional, que está escudado nos princípios da impessoalidade e moralidade da Administração Pública, inscritos no *caput* do mesmo artigo 37.

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>Uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei<span style='font-size:10.0pt;line-height:115%;

font-family:Arial'>[2], há que se perquirir seus

efeitos, que estão imbricados com outra questão, qual seja, a natureza do ato

inconstitucional, se é anulável, nulo, ou mesmo inexistente

[3].

No ordenamento jurídico pátrio prevalece a posição de que a lei inconstitucional está eivada de nulidade (ou invalidade), conforme escólio de Elival da Silva Ramos[4],

Oswaldo Luiz Palu[5]

e Regina Maria Macedo Nery Ferrari[6].

Deste modo, no controle difuso, e em um primeiro momento, a declaração de inconstitucionalidade somente gera efeitos *ex tunc* e em relação às partes da ação, seguindo a regra geral dos limites subjetivos – *inter omnes* – da sentença.

Tais efeitos somente serão transmutados para *erga omnes* caso o STF aprecie a questão em sede de recurso extraordinário (CF/88, artigo 102,

inciso III), quando, então, caberá ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional (CF/88, artigo 52, inciso X).

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>Ou seja, para as partes da ação, o efeito temporal da declaração

incidental de inconstitucionalidade será *ex tunc*, ao passo que para as

demais pessoas, será *ex nunc* (a partir da suspensão da execução levada a

cabo pelo Senado).

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>Entrementes, a *vexata quaestio* está nos efeitos da declaração de

inconstitucionalidade de lei em sede de controle concentrado, que,

ordinariamente, são *ex tunc* e *erga omnes*.

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>Mas aqui não se pode esquecer que o direito deve conferir harmonia à

vida e constituir-se em fundamento da ordem social, como há muito já dizia

Vicente Ráo[7],

ao passo que um dos fins da jurisdição é a pacificação social, na lição de

Cândido Dinamarco[8].

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição que é, não pode deixar de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, extirpando-a do ordenamento jurídico, sob pena de fazer esboroar toda a sua sistematicidade, que está calcada na supremacia da Constituição.

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>Então, vez por outra, a Corte Constitucional, para o correto cumprimento de seu mister, terá que, de uma só vez, preservar a higidez do ordenamento jurídico (declarando a inconstitucionalidade da lei), garantir a segurança jurídica, e, *ipso facto*, a ordem social, através da chamada modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>A técnica da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade permite que eles sejam fixados *pro tempore* (*ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*), o que significa dizer que a decisão de inconstitucionalidade muitas vezes terá um viés constitutivo-negativo (caso os

efeitos sejam *ex nunc* ou *pro futuro*), e não apenas declaratório.

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>Longe de ser um mero “jeitinho”, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade está expressamente prevista no artigo 27, da Lei 9.868/99, tendo por fito preservar a segurança jurídica ou o excepcional interesse social.

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>E bem andou a Lei 9.868/99, pois a técnica da modulação tem sido aplicada pela Suprema Corte Norte-Americana – berço da eficácia *ex tunc*, e pelos Tribunais Constitucionais da Alemanha, Espanha e Portugal, como relata Lenio Luiz Streck[9].

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>O próprio STF, em muitos (e importantes) casos<span style='font-size:10.0pt;line-height:115%;

font-family:Arial'>[10], já a aplicou, como, por exemplo,

no julgamento da ADI 3.022/RS, relatada pelo Joaquim Barbosa, podendo-se extrair de seu voto o seguinte trecho:

<p class=MsoBodyText align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoBodyText align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>“Efetivamente, em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dessas normas, verifico que a gravidade dos prejuízos eventuais decorrentes da nulidade ex tunc da norma é imprevisível, mas avaliável. Basta notar que, com base nas normas ora impugnadas, já foi efetuada a defesa de servidores estaduais. Lembrando que converti o rito da presente ação para o do art. 12 da Lei 9.868, e considerando essa peculiaridade do caso, entendo que no presente julgamento de mérito é necessário limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas, com base no art. 27 da Lei 9.868.”

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>Portanto, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade não é novidade em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e poderia ter sido aplicada no caso em comento (ADI 2.949/MG), eis que estão presentes os dois requisitos previstos na Lei 9.868/99

(*“excepcional interesse social”* ou *“razões de segurança jurídica”*).

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>Não se pode perder de vista que a Lei 10.254 veio a lume em 1990, ou seja, há 17 anos, o que significa dizer que a declaração de inconstitucionalidade,

com efeitos *ex tunc*, acarretará, na prática, a nulidade de todos os atos de nomeação dos servidores públicos em questão, atingindo um grande número de pessoas.

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:Arial'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>Já sob o prisma da Administração Pública, a decisão do STF acarretará a nulidade de todos os atos administrativos praticados pelos servidores que foram nomeados com desrespeito à ordem de classificação dos concursos públicos, transtorno que somente poderá ser mitigado através da convalidação da maioria de tais atos[11].

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family:

Arial'>Mas o óbice inarredável foi a proclamação, pela ministra Ellen Gracie, do resultado do julgamento, conforme estabelece o artigo 135, § 2º, do Regimento Interno do STF, pois, proferido o veredicto, restou cumprido e acabado o ofício jurisdicional, como o próprio Tribunal houve por bem decidir no RMS 21.827/DF, sendo impossível sua posterior modificação.

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;text-align:left;line-height:normal'>

<p class=MsoNormal align=left style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;

text-align:left;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;font-family: Arial'>Conclui-se, portanto, que a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade longe está de ser um “jeitinho”, um meio sub-reptício de beneficiar apaniguados, mas, no caso da ADI 2.949, tampouco seria possível a alteração do julgamento ocorrido na sessão de 26 de setembro, donde se infere que a melhor solução teria sido a suspensão do julgamento, no aguardo do quorum necessário para a deliberação acerca dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;line-height:115%; font-family:Arial'>[1]<span style='font-family: Arial'> ADI 2.931/RJ, MS 21.870/RJ e AI-AgR 452.831/DF, por exemplo.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;line-height:normal'>

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;line-height:115%; font-family:Arial'>[2]<span style='font-family:

Arial'> Ressalte-se que o ordenamento jurídico pátrio convive com dois sistemas de controle de constitucionalidade, à vista do artigo 102, incisos I, alínea “a” (sistema concentrado), e III (sistema difuso), da CF/88.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;line-height:normal'>

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;line-height:normal'>No controle jurisdicional de constitucionalidade difuso, qualquer órgão jurisdicional pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, quando da análise de um caso concreto, desde

que tal ocorra de forma incidental, ou seja, desde que o objeto da ação não seja essa declaração.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'>

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'>Já no controle concentrado,

somente determinado órgão - no caso, o Supremo Tribunal Federal - poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei, em ação cujo objeto é justamente

este provimento jurisdicional, até porque, sendo de natureza objetiva, a ação que trata do controle abstrato de constitucionalidade não está relacionada a um determinado caso concreto.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'>

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;line-height:115%; font-family:Arial'>[3]<span style='font-family:

Arial'> Isso porque, em caso de inexistência, não há produção de qualquer efeito desde a origem da lei, independentemente da declaração por qualquer órgão, ao passo que a nulidade não prescinde de declaração, embora tampouco enseje a produção de quaisquer efeitos, ao contrário da simples anulabilidade, que os produz até que seja declarado o vício.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'>

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;line-height:115%; font-family:Arial'>[4]<span style='font-family:

Arial’> “Em face da categoria de sanção de inconstitucionalidade acolhida em nosso ordenamento, a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas possui natureza declaratória, apresentando a chamada retroatividade imprópria, consistente em atestar a ineficácia total, *ab initio*, da lei impugnada, por força de sanção aplicada pelo próprio sistema normativo.”. A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;line-height:115%;font-family:Arial'>[5]<span style='font-family:Arial'> *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª. ed., rev., ampl., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 86.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;line-height:normal'>

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;line-height:115%;font-family:Arial'>[6]<span style='font-family:Arial'> *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4ª ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 121.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;line-height:normal'>

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt;line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;line-height:115%;font-family:Arial'>[7]<span style='font-family:Arial'> *O direito e a vida dos direitos*. 6ª. ed., rev., atual. por

Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 53.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'>

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;line-height:115%;

font-family:Arial'>[8]<span style='font-family:

Arial'> *Instituições de direito processual civil*. 2<sup>a</sup>. ed., rev., atual.

São Paulo: Malheiros, 2002, vol. I, p. 128.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;line-height:115%;

font-family:Arial'>[9]<span style='font-family:

Arial'> *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do*

Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 542-544.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'>

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;line-height:115%;

font-family:Arial'>[10]<span style='font-family:

Arial'> Vide, por exemplo, ADI 2.240/BA, rel. Min. Eros Grau; RE nº 442.683/RS, rel. Min. Carlos Velloso.

<p class=MsoFootnoteText style='margin-bottom:0cm;margin-bottom:.0001pt; line-height:normal'><span style='font-size:10.0pt;line-height:115%;

font-family:Arial'>[11]<span style='font-family:

Arial'> Respeitando-se os limites à convalidação,

conforme lição de Edmir Netto de Araújo:<span style='font-family:

Arial'> Curso de direito administrativo<span style='font-family:



Arial'>. 3<sup>a</sup>. ed., rev., ampl., atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.  
493/494.

Fonte: [https://conjur.jumps.com.br/2007-out-09/stf\\_suspende\\_julgamento\\_gerou\\_briga/](https://conjur.jumps.com.br/2007-out-09/stf_suspende_julgamento_gerou_briga/)