

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

JOSE EVERTON DA SILVA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SINARA LACERDA ANDRADE CALOCHE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jose Everton da Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sinara Lacerda Andrade Caloche – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-504-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria Constitucional. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II:

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II durante o V Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 14 a 18 de junho de 2022, sob o tema geral “Inovação, Direito e Sustentabilidade”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Trata-se da quinta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central do grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde, democracia e direitos da personalidade; segurança jurídica dos servidores públicos; ideologias de Carl Schmitt e Hans Kelsen; mandatos coletivos; ativismo judicial; protagonismo judicial; inconstitucionalidade via embargos de declaração; princípio do concurso público; Supremo Tribunal Federal como corte recursal; limites à liberdade de expressão, direito à informação, fake news e democracia; neoliberalismo na ordem constitucional brasileira, estado democrático de direito; efeito backlash; notários, registradores e os direitos fundamentais; decisão judicial e neoliberalismo; legitimidade democrática do poder judiciário brasileiro; a criminalização da homotransfobia e diálogos constitucionais nos sistemas jurídicos ocidentais, também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado

e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares double blind peer review. Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Jose Everton da Silva

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Prof.^a Dr.^a Sinara Lacerda Andrade Caloche

**PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO E MODULAÇÃO DOS EFEITOS
TEMPORAIS: ANÁLISE SISTEMÁTICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
ADI Nº 1301**

**PRINCIPLE OF PUBLIC TENDER AND MODULATION OF TEMPORAL
EFFECTS: SYSTEMATIC ANALYSIS OF ADI DECLARATION EMBARGOS Nº
1301**

Fernanda Resende Severino ¹
Lilian Mara Pinhon ²

Resumo

Normas e princípios constitucionais são de observância obrigatória, tendo em vista a supremacia da Constituição. Contudo, não raras as vezes, normas infraconstitucionais são publicadas em dissonância com aquela, ocasionando, assim, a realização do controle de constitucionalidade. A finalidade do presente estudo é analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos Embargos de Declaração apresentados na ADI nº 1301, frente ao princípio do concurso público, e do mecanismo da modulação dos efeitos temporais. Utilizar-se-á a pesquisa teórico-bibliográfica em conjunto com a documental; o método descritivo analítico instruirá o estudo tanto das leis, como das doutrinas e jurisprudências a respeito.

Palavras-chave: Constituição, Concurso público, Modulação de efeitos, Adi, Princípio

Abstract/Resumen/Résumé

Constitutional norms and principles are mandatory, in view of the supremacy of the Constitution. However, not infrequently, infraconstitutional norms are published in dissonance withthat, thus causing the realization of constitutionality control. The purpose of the presente study is to analyze the decision rendered by the Federal Supreme Court in the Motion for Clarification presented in ADI ° 1301, against the principle of public tender, and the mechanism of modulation of temporal effects. Theoretical-bibliographic research will be used in conjunction with documentar research; the analytical descriptive method will guide the study of both laws, doctrines and jurisprudence on the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Public tender, Effects modulation, Adi, Principle

¹ Mestra em Proteção dos Direitos Fundamentais. Especialista em Direito Público e em Formação de Professores. Especializando em Docência. Pesquisadora. Advogada. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0705404933469657>.

² Mestra em Proteção dos Direitos Fundamentais, pela Universidade de Itaúna, MG. Pós-graduada lato sensu pela Universidade Candido Mendes, em Direito Processual Civil e Processo Cautelar, RJ. Advogada. Currículo lattes: <https://lattes.cnpq.br/37196630002088>.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é suprema, soberana, e de observância obrigatória por todos, independentemente se jurista, aplicador do direito, parlamentares ou cidadãos. Apresenta-nos direitos fundamentais, princípios e direcionamentos para a vida em sociedade, de maneira harmoniosa, e sem ofensas significativas ao próximo.

No entanto, as normas e os princípios constitucionais são ocasionalmente ofendidos com a publicação de leis cujos textos são contrários ao previsto pela Carta Magna. Referidas leis, embora inconstitucionais na essência, permanecem no ordenamento jurídico com presunção relativa de constitucionalidade.

A não observância dos princípios e normas constitucionais é frequente no ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República é frequentemente ofendida, sobretudo por representantes do Poder Legislativo, que a ignoram com a finalidade de elaborar normas tendenciosas e convenientes.

Por vezes, a inobservância de preceitos constitucionais é direcionada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário: Supremo Tribunal Federal; para que este resolva e dê à sociedade uma resposta a inconstitucionalidades.

O tema problema referente a esta pesquisa é a análise da resposta dada à sociedade pelo Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade, na ADI nº 1301, do artigo 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.

Referida norma estendeu a estabilidade aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Garantia esta conferida de maneira excepcional aos servidores civis não concursados, mas que exerciam atividade no setor público nos cinco anos que antecederam à promulgação da Constituição da República.

Justifica-se a escolha do tema, o fato de tantas normas ainda serem publicadas em dissonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E sobretudo, o fato de a sociedade ser atingida de maneira direta tanto pela norma, quanto pela declaração de sua inconstitucionalidade.

A legislação infraconstitucional permite a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, reduzindo assim os impactos referentes à segurança jurídica, bem como ao excepcional interesse social. Afinal, embora a norma

inconstitucional seja declarada nula, permanece no ordenamento jurídico até então, e consequências ocorrem, inegavelmente.

No presente estudo, o objetivo geral é analisar, sistematicamente, a decisão proferida nos embargos de declaração na ADI nº 1301. Nesta houve a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Como objetivos específicos, a pesquisa terá a demonstração do princípio do concurso público; da modulação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade; e, a análise, propriamente dita, da decisão proferida nos embargos de declaração na ADI nº 1301.

Desenvolver-se-á a pesquisa em três capítulos. No primeiro, apresentar-se-ão considerações a respeito do Princípio do Concurso Público, o qual é ainda reiteradamente desrespeitado e ignorado no nosso contexto social e jurídico. No segundo, passar-se-á à verificação do que seja modulação dos efeitos temporais de uma decisão, as possibilidades e requisitos para tanto. E, no terceiro, apresentar-se-á o estudo a respeito da decisão acima citada.

Para tanto, estudos bibliográficos e documentais são de importância ímpar. Além da demonstração do regramento referente ao instituto da modulação dos efeitos temporais, bem como considerações jurisprudenciais a respeito. Realizar-se-á uma combinação das referências bibliográficas com as documentais para que assim, o tema problema seja respondido.

Metodologicamente, o método descritivo analítico far-se-á presente. Isso pois, o princípio do concurso público, bem como o instituto da modulação dos efeitos temporais da decisão, serão apresentados de maneira geral. Com a finalidade de no terceiro capítulo do desenvolvimento analisar criticamente a aplicação do referido instrumento como forma de amenizar os efeitos oriundos do desrespeito ao princípio citado.

Os estudos do princípio do concurso público e da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade serão fundamentais no momento da verificação da decisão na ADI nº 1301. E, por isso, passa-se ao desenvolvimento da presente pesquisa.

2.DESENVOLVIMENTO

2.1 Princípio do Concurso Público

Os princípios são de importância significativa no ordenamento jurídico brasileiro, além de serem de observância obrigatória. Importância esta que se relaciona tanto à elaboração, quanto à interpretação das normas. Contudo, por vezes, são ignorados, quando na realidade, deveriam estar sempre presentes nos processos legislativos, bem como nos processos judiciais.

Raquel Discacciati Bello complementa este raciocínio no seguinte sentido, embora a seguinte citação seja de um artigo publicado no ano de 1996, encaixa-se perfeitamente ao atual momento vivido pelo Direito.

Os princípios de direito desempenham função de essencial importância quanto à formação do ordenamento jurídico e no tocante à interpretação das leis. Não obstante seu valioso papel, tem-se notado, na atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que nem sempre os princípios são observados. Muitas leis são elaboradas em completa dissonância com os preceitos basilares do direito, inseridos no Texto Constitucional. (BELLO, 1996)

Pois bem, a Constituição apresenta-nos um rol de princípios, os quais são diariamente ignorados e desrespeitados, principalmente por aqueles que elaboram as normas. Não raras as vezes, o Poder Legislativo desvirtua-se das normas constitucionais para elaborar e publicar normas as quais têm finalidades distintas ao interesse público.

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 1301, clara ficou a inobservância do princípio do concurso público, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 37, II. Já que a norma objeto da referida ação concedeu estabilidade aos empregados não concursados de empresas públicas e sociedades de economia mista.

A estabilidade somente pode ser concedida e assegurada a quem for aprovado em concurso público, seja ele de provas ou de provas e títulos. Nenhuma lei ou ato jurídico pode conceder estabilidade sem a observância da obrigatoriedade estabelecida pela Constituição, sob pena de ofendê-la.

Adquire-se estabilidade após o lapso temporal de três anos de exercício realizado efetivamente em cargo de provimento oriundo de concurso público. E, por meio desta garantia, o servidor público apenas poderá perder o cargo mediante três circunstâncias: 1) sentença judicial transitada em julgado; 2) processo administrativo com a observância

da ampla defesa; 3) avaliação periódica de desempenho, também com a observância da ampla defesa, bem como da legislação complementar a este respeito.

Todas estas disposições referentes à estabilidade estão estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 41¹. Logo, após a promulgação do texto constitucional, adquirem estabilidade apenas aqueles que preencherem os requisitos para tanto, principalmente, com relação à forma de ingresso, qual seja concurso público.

Contudo, outro dispositivo deve ser considerado: artigo 19² do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Isso pois, concede estabilidade àqueles servidores que não tenham sido admitidos por meio do concurso público, mas que à época da promulgação da Carta Magna, estavam em exercício há pelo menos 5 anos e de modo contínuo.

Embora os dispositivos quanto à estabilidade e ao concurso público sejam claros, muitas normas e leis são elaboradas sem a devida observância a eles. São claramente inconstitucionais, pois violam texto direto da Constituição da República. E não raras as vezes tornam-se objeto de ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

¹ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalorada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

² Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

Na decisão analisada no presente artigo, houve a declaração da inconstitucionalidade de norma que concedeu estabilidade a funcionários não concursados e que não trabalhavam há cinco anos anteriores à promulgação da Carta Magna no serviço público. Violação expressa ao princípio do concurso público, previsto no art. 37, II, da CRFB/1988, bem como ao art. 19, ADCT.

O problema então que o Supremo Tribunal Federal encontra ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, é que esta, entre o lapso temporal da publicação e a decisão, esteve no ordenamento jurídico com presunção de constitucionalidade. E a aplicação do princípio da nulidade pode abalar significativamente a segurança jurídica e o excepcional interesse social.

O instituto da modulação dos efeitos temporais, o qual será analisado a seguir, é uma possibilidade de reduzir os efeitos desastrosos que são ocasionados a partir da retirada do ordenamento de uma norma inconstitucional.

2.2 Modulação de efeitos temporais nas decisões declaratórias de inconstitucionalidade

O mecanismo de modulação de efeitos temporais das decisões declaratórias de inconstitucionalidade deve ser aplicado de maneira excepcional no Direito Brasileiro. Isso pois, no ordenamento jurídico, quando uma norma é declarada inconstitucional, a regra é que o princípio da nulidade seja aplicado e aquela seja retirada, extirpada.

Por essa natureza excepcional, ao instrumento de modulação de efeitos temporais é permitido mitigar os efeitos de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade. De modo a alterá-los em prol da segurança jurídica e do excepcional interesse social.

No ato nulo, percebe-se a ausência de elementos essenciais para a permanência no sistema jurídico; não é possível, por essa razão, afirmar que o ato é perfeito e acabado se lhe falta algum requisito para lhe completar a validade. O ato jurídico é inidôneo. Inevitavelmente, não poderá produzir efeitos. Somente o ato jurídico perfeito é capaz de produzir efeitos. Justifica-se, desta feita, a afirmação de que quando se verifica a nulidade de um ato, todos aqueles efeitos dele decorrentes são considerados como inexistentes. (SEVERINO, 2022, p.100)

Tendo em vista a presunção de constitucionalidade, para que uma norma seja considerada inconstitucional e, conseqüentemente, retirada do ordenamento jurídico sob este fundamento, faz-se necessária a declaração para tanto.

A declaração de inconstitucionalidade de norma realizada por meio do controle concentrado de constitucionalidade é proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional.

Não é permitido, nem coerente, que uma norma infraconstitucional permaneça no ordenamento jurídico, produza efeitos, sendo contrária aos princípios e às normas constitucionais. E, o controle jurisdicional tem justamente este objetivo: realizar a verificação da compatibilidade daquelas normas com estas.

A Jurisdição Constitucional tem a finalidade precípua de proteger as normas e os princípios constitucionais. A Constituição da República está no topo do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser respeitada e considerada por todos, inclusive pelo Poder Legislativo ao elaborar as normas infraconstitucionais. (SEVERINO, 2021, p. 43)

Há o condão de extirpar a norma, com efeito *ex tunc*. De maneira que a decisão retroagirá ao tempo da publicação da norma, impossibilitando que permaneça no ordenamento jurídico; e conseqüentemente considera que os efeitos oriundos dela sejam inexistentes, como se nunca tivessem existido. Afinal, norma inconstitucional não produz efeitos.

Os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma devem preponderar de modo a garantir e preservar a Supremacia da Constituição. Isso pois, caso somente houvesse a declaração da inconstitucionalidade, desconstituindo os efeitos a partir de então, haveria um desrespeito à Constituição, igualmente à permissão a prevalência de determinada norma infraconstitucional sobre esta, ofendendo-a, flexibilizando-a. (SEVERINO, 2022, p.97)

O princípio da nulidade faz-se presente na inconstitucionalidade e conseqüentemente na declaração desta, isso pois, falta à norma algum pressuposto de validade. Não há na Constituição nenhuma compatibilidade, nenhum fundamento de validade para tanto. A nulidade é absoluta, uma vez ausente na norma este fundamento, não há aptidão para produção de efeitos no ordenamento jurídico.

Contudo, quando publicadas, as normas têm presunção de constitucionalidade, justifica-se o fato de os juristas, os aplicadores do direito, a sociedade em geral respeitarem-na, observarem-na e cumprirem-na. Há assim um problema: uma norma, sem fundamento de validade, regendo a vida das pessoas em razão de ser presumidamente constitucional.

Entre o lapso temporal da publicação da norma e da declaração de sua inconstitucionalidade, as pessoas celebram negócios, realizam pagamentos, deixam de adotar determinada prática, recebem gratificações, indenizações, entre outros atos jurídicos. “Ressalta-se que a nulidade necessariamente precisa ser declarada, vez ser ela

uma medida de tutela, proteção, à Constituição e ao ordenamento jurídico.” (SEVERINO, 2021, p. 45) Enfim, não é imediata a declaração de inconstitucionalidade. O processo no Supremo Tribunal Federal é longo e permanece, em trâmite, por anos.

Efetivamente, por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma atinge diretamente grupo de pessoas, parte da sociedade, ou até mesmo toda ela. Justamente por terem estas observado e cumprido a norma. Por vezes, a segurança jurídica poderá ser abalada, afetada, ou até mesmo se tornar insegurança. Por outras, o interesse social será atingido pela declaração de inconstitucionalidade de modo tão significativo, que há a possibilidade de gerar novas ofensas à Constituição.

É neste contexto que o mecanismo de modulação de efeitos temporais é aplicado às decisões declaratórias de inconstitucionalidade. É uma exceção, porquanto não ser possível a sua aplicação de maneira frequente e sem observância dos requisitos formais e materiais para tanto.

A aplicação de efeitos diferentes às decisões declaratórias de inconstitucionalidade é possível e viável, buscando assim, evitar que mais princípios e direitos sejam violados. A publicação de norma incoerente e sem fundamento de validade com a Constituição é uma ofensa grave ao Estado Democrático de Direito e à Supremacia da Constituição. Contudo, tendo em vista a necessidade de ser declarada a sua nulidade, até que esta ocorra, aquela permanece no ordenamento, como se válida fosse. E, a técnica da modulação de efeitos tem o viés de proteção àqueles que realizaram negócios jurídicos utilizando-a como fundamento, bem como respeitaram-na com boa-fé. (SEVERINO, 2021, p. 47/48)

A modulação de efeitos mitiga o princípio da nulidade por meio do permissivo legal presente no artigo 27³ da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

E, quando o processo for referente à arguição de descumprimento de preceito fundamental, a autorização está presente no artigo 11 da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Desta feita, quando os Ministros do Supremo Tribunal Federal verificarem que a segurança jurídica e/ou o excepcional interesse social serão atingidos com a declaração

³ 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. (BRASIL, 1999)

de inconstitucionalidade da norma, estão autorizados, desde que atingido o quórum específico de 2/3 dos membros, a aplicar a modulação dos efeitos temporais à decisão.

Retirar-se-á o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. E, a depender das consequências práticas desta declaração, poderão conferir a esta decisão novos efeitos. Poderão declarar a inconstitucionalidade, mas determinar que a decisão produzirá efeitos a partir de então; Ou declarar inconstitucional, mas permitir que permaneça no ordenamento jurídico até que nova norma seja publicada; Ou, ainda, declarar a nulidade, mas suspendendo os efeitos desta decisão ou preservando determinadas situações.

Há também a possibilidade de delimitação e estipulação de um tempo e prazo para que os agente públicos, os destinatários diretos da norma, organizem-se e reestruturem-se. Este é o efeito *pro futuro*. Na decisão que se passa a analisar, é possível verificar perfeitamente a aplicação deste efeito.

2.3 Análise sistemática dos embargos de declaração na ADI nº 1301

A decisão analisada refere-se aos Embargos de Declaração opostos contra um acórdão no qual fora declarada a inconstitucionalidade do Artigo 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Tal dispositivo estendia aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista a estabilidade excepcional para servidores civis não concursados.

A Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.301 do Rio Grande do Norte fora julgada procedente, logo, norma ofensiva à Constituição; contudo, o acórdão fora silente quanto à possível flexibilização de sua eficácia temporal. Há presunção relativa dos efeitos *ex tunc* da decisão; e, somente como o trânsito em julgado da mesma é possível afirmar que tal presunção tornou-se absoluta. Admitem-se então os embargos de declaração.

Os embargos foram interpostos com o pedido de exclusão de algumas pessoas específicas dos efeitos oriundos do acórdão, quais sejam, os aposentados e os servidores que cumpriram requisitos necessários à aposentação até a data da publicação da ata de julgamento. E conforme ementa: “Admite-se, excepcionalmente, a modulação de efeitos em sede de embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo de que os fundamentos não tenham sido previamente suscitados.”

A Constituição da República é clara no sentido de que somente por meio de concurso público de provas ou provas e títulos é possível o ingresso em cargos ou empregos públicos, de acordo com o artigo 37, II.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (BRASIL, 1988)

Entretanto, inseriu-se no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT - uma norma de transição para regulamentar a respeito daquelas pessoas, não concursadas, que anteriormente à Constituição da República de 1988 trabalhavam na União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, administração direta, autárquica e fundações públicas.

O artigo 19 do ADCT regulamenta que os servidores públicos não concursados acima citados, desde que por pelo menos 5 anos continuados, estivessem em exercício no momento da promulgação da Constituição, seriam considerados estáveis no serviço público.

Art. 19, ADCT Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. (BRASIL, 1988)

Ocorre que o Estado do Rio Grande do Norte englobou a esta estabilidade garantida no artigo supra aqueles empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas. E, é neste aspecto que fora objeto de controle de constitucionalidade por meio da ADI nº 1.301. Com a oposição dos embargos de declaração, o STF os acolheu, por maioria, bem como analisou e fundamentou os requisitos para a modulação dos efeitos.

O Relator, Sr. Ministro Luís Roberto Barroso, verificou a necessidade de resguardas a segurança jurídica, considerando-a como um “valor de inequívoca relevância e dimensão constitucionais.” Constatou que o caso dos Embargos de Declaração é excepcional, assim como a permissão da Lei 9.868/1999 a respeito da

técnica da modulação dos efeitos de uma decisão. E que por isso seria possível a sua aplicação.

Realizou-se então, uma ponderação de valores entre todas aquelas pessoas que ingressaram de boa-fé, embora irregularmente, mas que estavam sob o amparo de uma legislação com a presunção de constitucional. Isso pois, caso a modulação não ocorresse, continuou o Ministro Relator, em seu voto,

Alterações substanciais em situações jurídicas consolidadas há mais de duas décadas, sobretudo, no que diz respeito aos aposentados e aos indivíduos que, ao tempo do julgamento do mérito, já haviam implementado os requisitos para a aposentação. Aqui, há um conjunto de indivíduos abrigados pela noção de funcionário público de fato: servidores cuja situação, embora o ingresso tenha sido irregular, detém aparência de legalidade, em razão dos princípios da segurança jurídica e boa-fé dos administrados. É bem dizer, indivíduos que, de boa-fé e ao abrigo de uma legislação aparentemente legítima, prestaram um serviço público como se efetivos fossem. (ED ADI nº 1.301; Relator Min. Roberto Barroso; DJe 10/09/2018)

O STF decidiu por modular com a fundamentação de que caso não o fizesse, os particulares de boa-fé, que prestaram o serviço público como se fossem efetivos, seriam penalizados por um erro, equívoco, negligência do Estado do Rio Grande do Norte. Após a realização da ponderação entre a aplicação do princípio da supremacia da Constituição, tendo sido um norma declarada inconstitucional, e as consequências dos efeitos *ex tunc* da decisão que assim a declarou, a segurança jurídica e a boa-fé dos daqueles indivíduos envolvidos prevaleceram.

Na decisão, o STF demonstrou de maneira mais prática quais os efeitos negativos da modulação. E, caso esta não ocorresse, que as consequências seriam capazes de atingir não somente a boa-fé dos envolvidos; Mas, sobretudo, o objetivo principal da técnica da modulação dos efeitos: a proteção dos direitos fundamentais. Embora, o Supremo Tribunal não tenha sido mais detalhista na fundamentação, bem como na demonstração do que entende por segurança jurídica, fora possível perceber que os direitos fundamentais daquelas pessoas, as quais prestaram serviço público como se efetivos fossem, foram resguardados.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil, há o princípio da segurança jurídica exposto da seguinte forma

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias

constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. (BRASIL, p. 28)

A decisão, quanto a acolher os embargos de declaração e ressaltar os efeitos do acórdão de mérito até a data da publicação da ata de julgamento para os aposentados e os indivíduos que implementaram os requisitos para a aposentação, deu-se por maioria. O Ministro Marco Aurélio fora contrário à decisão, assim como em outros casos, à modulação dos efeitos. Entende que: “Lei contrária à Constituição, como dizia Rui Barbosa, é natimorta, não tem qualquer eficácia, ante a rigidez do documento maior da República, a Constituição Federal.”

O Ministro Marco Aurélio tem o posicionamento totalmente considerável à supremacia da Constituição. E não pondera, nem flexibiliza considerando outras possíveis violações. Considera que muitas vezes, os entes federativos publicam leis sabendo que são inconstitucionais, mas o fazem mesmo assim justamente confiando no crivo do Supremo Tribunal Federal para modular a eficácia temporal.

ED - ADI nº 1.301/RN	
Data da propositura	27/06/1995
Legitimado ativo	Governador do Estado do Rio Grande do Norte
Pedido de medida cautelar	Pedido indeferido.
Julgamento da inconstitucionalidade	03/03/2016
Aplicação da modulação dos efeitos	10/09/2018
Fundamentação da modulação dos efeitos	Segurança jurídica.

3. Considerações Finais

A presente pesquisa teve como objetivo analisar, criticamente, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao considerar a segurança jurídica no momento de aplicar o instrumento jurídico da modulação dos efeitos temporais.

Referido instrumento tem a finalidade de mitigar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, qual seja, o efeito *ex tunc*. Por este efeito, tendo como base o princípio da nulidade, norma que ofende a Constituição não encontra fundamento nela, logo não produz efeitos.

Contudo regras e decisões extremas geram consequências, as quais podem ofender a segurança jurídica e/ou o excepcional interesse social, seja direta ou indiretamente. Este artigo analisou não apenas o instituto da modulação dos efeitos temporais, seus fundamentos e seus requisitos, mas, inclusive, uma decisão na qual ele foi aplicado.

Normas inconstitucionais são publicadas, ainda, com muita frequência. E o que mais assusta é o desrespeito a uma norma que é clara, suprema, e de conhecimento por aqueles que elaboram as leis e os atos normativos. E, o ato das disposições constitucionais transitórias da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte não fez diferente. Ofende diretamente a Constituição da República, mais precisamente o princípio do concurso público.

Demonstrou-se no primeiro capítulo do desenvolvimento que a estabilidade apenas é adquirida por meio da aprovação em concurso público de provas ou provas e título. Ou ainda, por meio da permissão do artigo 19 do ADCT. Estabilidade adquirida de forma diversa viola o princípio do concurso público.

A relação entre o primeiro capítulo e o segundo é que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela modulação dos efeitos temporais da decisão que declarou a inconstitucionalidade de norma ofensiva ao princípio do concurso público.

E, no terceiro capítulo fora desconstruída a decisão do órgão de cúpula do Poder Judiciário como forma de verificação de qual a resposta dada à sociedade do Estado do Rio Grande do Norte: em consideração à segurança jurídica daquelas pessoas que respeitaram de boa-fé a norma objeto da ação direta de inconstitucionalidade, houve a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal considerou que a aplicação da regra da declaração da inconstitucionalidade de norma ofenderia direitos diretos de pessoas que a observaram e a respeitaram, de boa-fé. Por isso, com fundamento na segurança jurídica modulou os efeitos temporais da inconstitucionalidade de norma cuja consequência foi desrespeitar e ofender o princípio do concurso público, e consequentemente a Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BELLO, Raquel Discacciati. **O princípio da igualdade no concurso público.** Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176465/000512673.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em 22 jul. 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª Ed. rev.e atual.; São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 21 jul.2021.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9882.htm> Acesso em: 21 jul.2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 21 abril 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>. Acesso em 7 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Controle de Constitucionalidade- modulação de efeitos**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/4Port.pdf Acesso em 7 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emb .Decl. na ADI nº 1.301**. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748234079>> Acesso em 14 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Legislação Anotada**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>. Acesso em 7 mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Edição, atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

COSTA, Fabrício Veiga; SEVERINO, Fernanda Resende. **Fundamentação do Supremo Tribunal Federal nas decisões de modulação de efeitos em sede de controle concentrado de constitucionalidade nos anos de 2015 a 2018.** Revista Argumentum. V. 21, n.1 p. 339-362. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1177>> Acesso 17 mar. 2021.

FERRAJOLI, Luigi, et. al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. **Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141336/R173-13.pdf?sequence=1>. Acesso em 7 mar. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181886/000442090.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 22 jul. 2021.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 1ª Ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAGES, Cintia Garabini. **O Caráter Objetivo dos Procedimentos de Controle Concentrado de Constitucionalidade: análise de sua legitimidade.** Pará de Minas: VirtualBooks Editora, 2016.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SEVERINO, Fernanda Resende. **A possível ofensa à Constituição da República e a modulação de efeitos realizado no controle concentrado de constitucionalidade.** In: BRASIL, Deilton Ribeiro; CALCARO, Cleide (Coord.). *Diálogos Internacionais da FDCL: tópicos de direito ambiental e direito internacional.* v.2. Conselheiro Lafaiete: FDCL, 2021.

SEVERINO, Fernanda Resende. **Modulação de efeitos em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade.** Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2022.

SEVERINO, Fernanda Resende. **Normas inconstitucionais do Estado de Minas Gerais: análise sistemática de decisões de modulação de efeitos temporais em sede**

de controle concentrado. In: BRASIL, Deilton Ribeiro; CALCARO, Cleide (Coord.).
Diálogos Internacionais da FDCL: tópicos de direito ambiental e direito internacional.
v.2. Conselheiro Lafaiete: FDCL, 2021.