

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

**MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE VIA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ADI Nº
4788 AGR-ED DO PARÁ**

**MITIGATION OF THE EFFECTS OF THE DECLARATORY DECISION OF
UNCONSTITUTIONALITY THROUGH STATEMENT OF DECLARATION IN ADI
Nº 4788 AGR-ED DO PARÁ**

**Fernanda Resende Severino ¹
Lilian Mara Pinhon ²**

Resumo

A pesquisa analisará a decisão proferida após a interposição dos Embargos de Declaração na ADI nº 4788, após declaração da inconstitucionalidade de norma jurídica, com efeitos ex tunc. Embargos foram interpostos para obtenção da aplicação da modulação dos efeitos temporais da decisão. Justifica-se o tema a utilização do instrumento excepcional como se regra fosse. A pesquisa será teórica e documental; o método descritivo dedutivo instruirá, para concluir que o STF aplica a modulação dos efeitos em decisões proferidas após a interposição de embargos de declaração.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Inconstitucionalidade, Embargos de declaração, Modulação de efeitos, Declaração

Abstract/Resumen/Résumé

The research will analyze the decision rendered after the filing of the Motions for Clarification in ADI nº 4788, after the declaration of the unconstitutionality of a legal norm, with ex tunc effects. Embargoes were filed to obtain the application of the modulation of the temporal effects of the decision. The theme is justified using the exceptional instrument as if it were a rule. The research will be theoretical and documentar; the deductive descriptive method will instruct, to conclude that the STF applies the modulation of the effects in decisions rendered after the filing of motion for clarification.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionality control, Unconstitutionality, Clarification embargoes, Effects modulation, Declaratory

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

O Supremo Tribunal Federal tem a função principal e mais importante de proteger a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; e mais, de fazer com que esta seja observada, cumprida, respeitada e efetivada. O Controle de Constitucionalidade permite este exercício de modo mais eficaz. É por meio deste controle que o órgão de cúpula do poder judiciário verifica detalhadamente as normas infraconstitucionais, e confirma, ou não, a presunção de constitucionalidade que todas possuem, desde o momento de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da publicação.

O processo constitucional é o meio de verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição da República. E, seu exercício ocorre através do controle de constitucionalidade das normas, o qual pode ser concentrado, abstrato ou difuso, concreto. O primeiro ocorre de maneira direta, através da qual, ajuíza-se uma ação, com fundamento no artigo 102, inciso I, alínea “a”¹. Referido dispositivo, no caput, atribui a guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal. Já no inciso I, a competência para processar e julgar as ações direta de inconstitucionalidade, bem como a declaratória de constitucionalidade.

Já o controle de constitucionalidade difuso é realizado pelos magistrados e desembargadores, no decorrer das ações que lhes são distribuídas para análise de mérito. A alegação de inconstitucionalidade da norma ocorre incidentalmente. É o controle realizado diante do caso concreto. No controle abstrato, o mérito da ação é justamente a constitucionalidade ou não de norma específica. No controle difuso, o mérito da ação é outro, mas argumenta-se a respeito da inconstitucionalidade de determinada norma, com a finalidade de afastá-la daquela ação judicial.

A presente pesquisa será desenvolvida tendo como base o controle concentrado de constitucionalidade. Este controle é direto, abstrato, desta maneira, há os legitimados específicos, os quais poderão ingressar com as ações, sejam elas direta de

¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (BRASIL, 1988)

inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade. O rol está previsto no artigo 103² da Constituição da República, e é taxativo.

Assim, os legitimados, previstos no dispositivo citado, ao ingressarem com a ação de controle, demonstrarão a inconstitucionalidade da norma, em específico. E, pleitearão para que ao final, o ato normativo seja declarado inconstitucional. Bem como retirado do ordenamento jurídico brasileiro, sob o fundamento do princípio da nulidade.

Lado outro, há no ordenamento infraconstitucional o permissivo da modulação dos efeitos temporais desta sentença constitucional, a qual tenha declarado a inconstitucionalidade de determinado ato normativo ou norma. O artigo 27³ da Lei 9.868/1999 traz a possibilidade de aplicação de outros efeitos temporais à esta sentença constitucional, por razões de segurança jurídica e/ou o excepcional interesse social.

Contudo, quando a sentença constitucional declara a inconstitucionalidade de certo ato normativo, mas é silente com relação à aplicação da modulação dos efeitos temporais, o legitimado atuante na ação interpõe embargos de declaração. Uma vez interposto este recurso, o embargante tem a finalidade e o objetivo de demonstrar uma omissão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o silêncio com relação à mitigação dos efeitos da sentença.

O presente estudo tem como tema-problema o que o Supremo Tribunal Federal entendeu como segurança jurídica e/ou excepcional interesse social ao dar provimento aos embargos de declaração na ADI nº 4788 do Pará. Para tanto, como objetivo geral, há a

² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 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.

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.

finalidade de analisar a decisão proferida nos referidos embargos. Logo, decisão totalmente contextualizada ao descrito acima.

O Supremo Tribunal Federal modulou efeitos à decisão declaratória de inconstitucionalidade da norma objeto da ADI nº 4788, dando provimento aos embargos de declaração interpostos sob o argumento de sentença constitucional omissa neste sentido. Além do objetivo geral de análise da referida decisão, esta pesquisa tem como objetivos específicos a verificação dos embargos de declaração, recurso previsto no Código de Processo Civil; bem como sua contextualização no controle concentrado de constitucionalidade, como uma forma de evitar a aplicação imediata do princípio da nulidade, decorrente da declaração de inconstitucionalidade.

Desta feita, o trabalho será desenvolvido em dois capítulos. O primeiro será a respeito dos embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade, e a possibilidade de dar-lhes provimento aplicando a modulação dos efeitos temporais, instrumento excepcional no Direito Brasileiro. No segundo capítulo, realizar-se-á uma análise sistemática da decisão ADI nº 4788 AGR-ED do Pará. Esta análise poderá ser compreendida a partir do nexo que será realizado entre o primeiro e o segundo capítulo do desenvolvimento.

O método de pesquisa utilizado será o descritivo dedutivo, o qual permitirá a conclusão referente ao tema-problema. Por meio de estudos bibliográficos, documentais e jurisprudenciais que serão utilizados, haverá um direcionamento à elaboração da resposta ao tema-problema proposto. Além da verificação e compatibilidade das decisões com a legislação referente ao assunto da pesquisa, principalmente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Processo Civil, e a 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.

2. DESENVOLVIMENTO

Esta pesquisa será desenvolvida em dois capítulos: Embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade; e, análise sistemática da ADI nº 4788 AGR-ED do Pará. Importante considerar a presença da modulação dos efeitos temporais da sentença constitucional como sendo um instrumento capaz de permitir a manutenção da segurança jurídica, bem como do interesse social, diante de normas inconstitucionais.

A interposição embargos de declaração interpostos nas ações de controle constitucional pode ser a última chance, possibilidade, de demonstração da ofensa à segurança

jurídica e/ou excepcional interesse social. Estes são requisitos materiais para a aplicação da mitigação dos efeitos decorrentes da sentença declaratória de inconstitucionalidade da norma.

Passemos ao desenvolvimento da pesquisa.

2.1 Embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade

Os embargos de declaração, uma das espécies de recursos, previstos a partir do artigo 1.022⁴ do Código de Processo Civil de 2015, têm a finalidade de esclarecer qualquer obscuridade ou eliminar contradição constante em quaisquer decisões judiciais; bem como suprimir eventual omissão de ponto ou questão do qual o juiz deveria ter se pronunciado, seja de ofício ou a requerimento; e, por fim, os embargos de declaração têm a finalidade de corrigir erro material.

A citada omissão ocorrerá quando na decisão não houver manifestação a respeito de tese já firmada em casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. E, mais, será omissa, também a decisão, seja interlocutória, sentença ou acórdão, que não tiver fundamentação adequada.

A fundamentação é requisito obrigatório de toda decisão, e prevista como tal na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 93, inciso IX⁵. Uma decisão sem fundamentação, por exemplo, é aquela que apenas indica, reproduz, parafraseia outros atos; ou que utiliza conceitos vagos, indeterminados, sem demonstração do nexos com o interesse processual; ou ainda apresenta uma fundamentação geral, a qual poderia ser utilizada em qualquer outra decisão.

O Código de Processo Civil apresenta um rol indicativo de situações nas quais a decisão não será considerada fundamentada. Referido rol encontra-se no parágrafo 1º do artigo 489

⁴ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. (BRASIL, 2015)

⁵ Art. 93, IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015)

SEVERINO reafirma que “O Poder Judiciário tem o dever constitucional de apresentar fundamentação às suas decisões.” (SEVERINO, 2021) Muitos embargos de declaração são interpostos sob a argumentação da ausência da fundamentação. Ressaltam-se, na presente pesquisa, os embargos declaratórios interpostos nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais houve a declaração de inconstitucionalidade; Contudo, totalmente silente com relação à modulação dos efeitos temporais.

Pois bem, a modulação dos efeitos temporais das decisões declaratórias de inconstitucionalidade é um instrumento, oriundo do direito comparado, cuja finalidade é mitigar o princípio da nulidade, afastando assim a incidência do efeito *ex tunc* da decisão. Por este, “se a declaração ocorrida foi no sentido da inconstitucionalidade, tal lei em tese não possui fundamento de validade, assim, a decisão deverá retroagir ao momento da edição da norma, expurgando-a do ordenamento, como se nunca tive existido.” (SEVERINO; PINHON. 2021, p. 302).

Tendo em vista a mitigação de uma regra, referido instrumento deve ser utilizado em situações excepcionais. Com previsão no artigo 27 da Lei 9.868 de 1999, a modulação é uma possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou, ainda, a delimitação de um prazo para que a sentença passe a ter eficácia. Justificam estas situações razões de segurança jurídica e/ou excepcional interesse social.

A segurança jurídica tem um conceito amplo, mas é o princípio que possibilita aos destinatários da norma a estabilidade nas relações jurídicas. Por meio dela, os sujeitos de

direitos têm a prudência e a garantia de que não serão surpreendidos com normas ou determinações surpresas, nem diferentes do previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro. Todas as relações jurídicas e negociais firmadas sob o pálio de determinada norma estão protegidas pela segurança jurídica.

Lado outro, o excepcional interesse social é aquele interesse público que, na ação de controle, será abalado diretamente. E, sob este aspecto, nova ofensa a direitos ocorrerá, possivelmente, ofensa a direitos fundamentais. Logo, a declaração da inconstitucionalidade poderá afetar significativamente a vida de certos sujeitos de direitos; tornando-se assim, embora instrumento de garantia e fiscalização da Constituição, um meio de novas violações a direitos.

O exercício da jurisdição constitucional é uma atribuição do Supremo Tribunal Federal de extrema importância. E, o Ministro Celso de Melo, na ADI nº 2.010, muito bem demonstrou não apenas a importância, mas a responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do STF. O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das

instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional. [ADI 2.010 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 30-9-1999, P, *DJ* de 12-4-2002.]

E, no exercício da defesa da Constituição da República, faz-se necessário ressaltar que a decisão, do Supremo Tribunal Federal, pela modulação dos efeitos temporais é diferente da decisão que declarar a inconstitucionalidade. Primeiro ocorrerá esta, para depois, após nova deliberação, e verificação de quórum especial de 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal, aquela ser proferida. O dispositivo legal é claro neste sentido.

Os professores Fabrício Veiga Costa e Fernanda Resende Severino, no artigo *Fundamentação do Supremo Tribunal Federal nas decisões de modulação de efeitos em sede de controle concentrado de constitucionalidade nos anos de 2015 a 2018*, descrevem a modulação dos efeitos da seguinte forma

A modulação de efeitos é um instrumento previsto em lei infraconstitucional, permissivo à mitigação de efeitos temporais decorrentes de uma sentença constitucional na qual declara a inconstitucionalidade de norma. Encontra indiretamente fundamento de validade na Constituição Federal e tem requisitos obrigatórios os quais devem ser considerados pelo Supremo Tribunal Federal no momento da aplicação. (COSTA; SEVERINO. 2020. P.355)

Tais requisitos citados pelos professores são a segurança jurídica e o excepcional interesse social. De maneira a evitar, assim, que novas violações a direitos ocorram com o efeito imediato da declaração de inconstitucionalidade de certa norma jurídica. Por todo o contexto jurídico da modulação dos efeitos, é que deve ser aplicada de maneira excepcional.

Ocorre que, mesmo não sendo a regra, alguns legitimados ativos ou passivos da ação direta de inconstitucionalidade esperam a decisão do Supremo Tribunal Federal aplicando a modulação dos efeitos temporais à decisão declaratória de inconstitucionalidade, proferida na ação de controle. E, aguardam esta decisão de ofício, mesmo sem qualquer requerimento neste sentido.

Assim, com a publicação da sentença constitucional, reconhecendo e declarando a inconstitucionalidade de determinada norma infraconstitucional, esta deve ser extirpada de imediato do ordenamento jurídico brasileiro. “Esta é a regra no direito brasileiro, decorrente

da Supremacia da Constituição, já que uma norma incoerente e ofensiva à norma suprema, não encontra fundamento de validade nesta.” (SEVERINO; PINHON. 2021, p. 302). Os efeitos desta decisão retroagem à data da publicação da norma e a retiram do ordenamento, bem como todas as suas consequências. É a aplicação do princípio da nulidade.

Com a declaração de nulidade da lei ou ato normativo, os seus efeitos e consequências, produzidos a partir de então, são dados como inexistentes. São extirpados do ordenamento jurídico juntamente com aquele. 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)

O princípio da nulidade, bem como o efeito *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade, são instrumentos de proteção do direito violado pela norma inconstitucional. É por meio deles que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 volta a ser respeitada e deixa de ser ofendida e desconsiderada.

A nulidade é a consequência principal de todo ato ilegal emanado de uma autoridade pública, inclusive a responsável pela elaboração da legislação brasileira. Requisitos básicos concedentes de validade à norma são de observância obrigatória no processo de elaboração e promulgação da norma. Qualquer ato realizado sem a devida observância e coerência, tornar-se passível de nulidade. Elementos essenciais e básicos os quais mantêm o ato normativo no sistema jurídico, quando ausentes, torna-o nulo. Desta feita, impossível afirmar que houve fim no ato, que este é perfeito. Falta-lhe requisito para ser válido. Ele é incompatível com a Constituição, é ofensivo a ela. Logo, não poderá surtir efeitos. Diferentemente do ato jurídico perfeito, o qual produz plenos efeitos. Uma vez verificada a nulidade do ato, os seus efeitos são considerados inexistentes. (SEVERINO; PINHON, 2021, p. 303)

Com a finalidade de afastar estes efeitos imediatos da sentença constitucional, o legitimado interpõe o recurso de embargos de declaração, alegando a omissão da decisão com relação à modulação dos efeitos temporais. Esta é a última oportunidade de restrição dos efeitos temporais da sentença, isso pois, na maioria das vezes, é possível que novas ofensas à Constituição e aos direitos dos cidadãos ocorram com a aplicação da regra.

Ressalta-se que não haverá reanálise do mérito processual. Não mais há argumentos para afastar a inconstitucionalidade da norma. O que se pretende é justamente retirar a norma do ordenamento jurídico brasileiro, sem tantas consequências, as quais apenas poderão ser

elencadas e enumeradas após a análise do processo constitucional. O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2797, ressaltou que

Os embargos de declaração constituem a última fronteira processual apta a impedir que a decisão de inconstitucionalidade com efeito retroativo rasgue nos horizontes do Direito panoramas caóticos, do ângulo dos fatos e relações sociais. Panoramas em que a não salvaguarda do protovalor da segurança jurídica implica ofensa à Constituição ainda maior do que aquela declarada na ação direta. (STF – EMB. DECL. NA AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 2797 DF)

Constata-se que o Supremo Tribunal Federal considera que os embargos de declaração são o último meio de se proteger a segurança jurídica, bem como evitar maiores ofensas à Constituição. Em contrapartida, não recurso não deve ser utilizado como tentativa para demonstrar o inconformismo e a insatisfação com a sentença constitucional, a qual com relação ao mérito, é irrecorrível.

Nos terceiros embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade 5.107 do Mato Grosso, o Ministro Alexandre de Moraes ressaltou que os “embargos de declaração não se prestam a veicular inconformismo com a decisão tomada, nem permitem que as partes impugnem a justiça do que foi decidido, pois tais objetivos são alheios às hipóteses de cabimento típicas do recurso.” (ADI 5.107, Ministro Relator Alexandre de Moraes; DJe 12/11/2018)

Os embargos de declaração são o meio hábil para ressaltar a omissão com relação à modulação dos efeitos temporais, quando, de fato, houver a violação à segurança jurídica e/ou ao excepcional interesse social. E, foi com esta finalidade que os Embargos de Declaração no Agravo Regimental da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.788 do Pará foram interpostos.

Passaremos à análise sistemática da decisão no próximo capítulo. Será possível verificar, documentalmente, a pesquisa realizada até aqui.

2.2 Análise sistemática da ADI nº 4788 AGR-ED do Pará

Embora a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.788 do Pará tenha sido julgada procedente, no ano de 2017, não houve qualquer pronunciamento a respeito de uma possível Modulação dos Efeitos da Decisão. Tem-se por regra que, no momento do julgamento do mérito de determinada ação constitucional, caso o STF não se manifeste quanto à eficácia temporal, presumem-se, relativamente, ausentes os requisitos exigidos no artigo 27 da Lei 9.868 de 1.999.

Tal presunção tornar-se-á absoluta quando houver o trânsito em julgado da decisão. Até lá, é possível que ocorra a oposição de Embargos de Declaração para a discussão a respeito da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade. E, foi o que ocorreu nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.788 do Pará.

No caso em tela, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade formal da Lei Estadual nº 7.621/2012. Referida norma tratou de regulamentar a carreira da Magistratura do Estado do Pará. Todavia, esta é uma competência relativa à Lei Orgânica da Magistratura Nacional. E, uma vez verificado o vício formal, inconstitucional, a ADI fora julgada procedente.

Os embargos declaratórios foram opostos com o objetivo de modular os efeitos da citada decisão, tendo em vista todos os efeitos provenientes da lei, a qual esteve vigente no ordenamento jurídico entre 2012 e 2017. Por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal pode, por maioria de dois terços de seus membros modular os efeitos da decisão.

O Ministro Relator Edson Fachin considerou, em seu voto, a necessidade de modular sim os efeitos da decisão declaratória da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 7.621/2012. Desta maneira, à decisão o princípio da nulidade não seria aplicado de imediato, ocorrendo assim sua mitigação, e a eficácia temporal somente iniciaria a partir da data da publicação do acórdão, o qual fora embargado. Isso pois, caso não ocorresse, haveria o retorno da situação anterior, *status quo ante*, de todas as situações funcionais dos magistrados modificadas, o que apresentaria grave risco à segurança jurídica.

Argumentou ainda

É importante registrar que, não fossem apenas os números de remoções e promoções realizadas com base na legislação declarada inconstitucional, haveria risco à segurança jurídica, em vista dos cinco anos em que vigeu a norma e das inúmeras decisões proferidas pelos magistrados que foram promovidos e removidos sob seu auspício.

Estão presentes, portanto, os requisitos autorizadores da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, previstos no art.27 da Lei 9.869, razão pela qual deve-se dar provimento aos embargos, para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei do Estado do Pará nº 7.621/2012 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado, ocorrida em 08.08.2017. (ADI nº 4788 AgR-ED; Relator Min. Edson Fachin; DJe 07/02/2018)

Somente o Ministro Marco Aurélio posicionou-se contrariamente à modulação dos efeitos, justificando seu voto no sentido de que a Constituição é um documento rígido e não pode ser utilizada somente quando for interessante. Entende que a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroativos e que “não se pode, simplesmente, considerar ser a Constituição Federal um documento flexível que fique em *standy by* até que o Supremo decida a respeito da harmonia, ou não, de certo diploma legal com ela.”

Seguiram o Relator, os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Alexandre Moraes e a Presidente, à época, Cármen Lúcia.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, deve se policiar no sentido de não proferir decisões que sejam insubsistentes quanto à sua fundamentação. Quando realiza o Controle Concentrado de determinada Norma é assim um Tribunal Constitucional e sua decisão é uma sentença constitucional a qual deve ser devidamente fundamentada, conforme artigo 93, inciso IX da CRFB/1988.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988)

Assim, não basta alegar que a segurança jurídica será afetada caso não ocorra a flexibilização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de uma norma. Tal argumento não pode ser utilizado, pura e simplesmente. É necessário demonstrar quais instabilidades gerariam a decisão e conseqüentemente quais direitos fundamentais seriam afetados. Na realidade, a segurança jurídica, como pressuposto do Estado de Direito, é diretamente ofendida e colocada em risco desde o momento em que se inicia a discussão de uma lei que pode vir a se tornar inconstitucional.

No presente caso, ainda mais grave, pois a inconstitucionalidade foi flagrantemente formal. O Estado do Pará sabia que não tinha a competência para legislar a respeito daquele assunto. E mesmo assim o fez.

O dispositivo que autoriza a modulação dos efeitos preconiza ser possível a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Na decisão em questão, foram trazidas apenas questões relativas ao primeiro requisito. Desta feita, como são alternativos, não se faz obrigatória a presença do segundo, e a decisão fora silente neste aspecto. Mas, muito mais que a segurança jurídica, que se faz presente de força explícita ao caso, e talvez seja por isso que o Supremo Tribunal pouco tenha fundamentado a este respeito, o excepcional interesse social também está claro: estaríamos diante de toda a população do Pará que durante 5 anos, de boa-fé, recorreram ao Poder Judiciário, e obtiveram decisões de magistrados que deveriam estar em outras situações funcionais.

Na decisão, pensou-se somente nos magistrados e na carreira para a modulação dos efeitos. Todavia, caso ela não tivesse ocorrido, poderia atingir um número muito maior de pessoas. Haveria sim um caos não somente administrativo na carreira da Magistratura, mas também no Poder Judiciário do Estado do Pará.

ADI nº 4.788 AgR-ED	
Data da propositura	04/06/2012
Legitimado ativo	Estado do Pará
Pedido de medida cautelar	Pedido indeferido.
Julgamento da inconstitucionalidade	30/06/2017
Aplicação da modulação dos efeitos	07/02/2018
Fundamentação da modulação dos efeitos	Apenas citou segurança jurídica.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Excepcionalmente, no ordenamento jurídico brasileiro, é permitida a aplicação, por meio do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 da modulação de efeitos temporais à decisão declaratória de inconstitucionalidade, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Pois bem, para que referida aplicação ocorra como previsto, faz-se necessária a observância do quórum específico de 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como a demonstração da segurança jurídica e/ou excepcional interesse social. Logo, é uma decisão que deve ser proferida com fundamentação coerente e condizente aos requisitos materiais da modulação dos efeitos.

Esta pesquisa teve como tema-problema verificar o que o Supremo Tribunal Federal entendeu como segurança jurídica e/ou excepcional interesse social ao dar provimento aos embargos de declaração na ADI nº 4788 do Pará. Verificou-se que o órgão de cúpula do Poder Judiciário não apresentou as razões basilares de sua decisão com relação à segurança jurídica. Apenas a utilizou para aplicar o instrumento excepcional de mitigação de efeitos.

Percebeu-se, um desvirtuamento do Supremo Tribunal Federal com relação ao instituto, que é excepcional. Inevitavelmente, uma norma que permanece no ordenamento jurídico por anos, quanto tem reconhecida e declarada a sua inconstitucionalidade, atinge pessoas, negócios jurídicos, a sociedade. Isso ocorrerá. Alguém será prejudicado pela retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, mas necessário ressaltar que aquela nem poderia ter permanecido neste, por tanto tempo.

Ao desenvolver e contextualizar a possibilidade de interposição de embargos de declaração, apresentou assim os principais requisitos para referido recurso. E mais, detalhou como os legitimados das ações de controle de constitucionalidade os utilizam, como sendo última tentativa e oportunidade, para obterem a aplicação da modulação dos efeitos temporais.

E, foi justamente isso que ocorreu na ADI nº 4788 do Pará. A Lei Estadual nº 7.621/2012, que regulamentou a carreira da Magistratura do Estado do Pará, foi declarada inconstitucional, tendo em vista a inobservância com relação à forma. O julgamento da ação ocorreu aos 30 dias do mês de junho do ano de 2017; contudo, a aplicação da modulação dos efeitos temporais apenas ocorreu aos 07 dias do mês de fevereiro do ano de 2018.

Claro ficou que o Supremo Tribunal Federal inicialmente não considerou a aplicação da modulação dos efeitos temporais da decisão. E, assim deve ser, já que esta é uma possibilidade excepcional no direito brasileiro, vista por alguns como inconstitucional, por permitir que efeitos da norma claramente inconstitucional permaneçam no mundo jurídico.

Mas, diante da interposição de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal aplicou, sem ao menos demonstrar o nexo de causalidade entre a norma inconstitucional e a segurança jurídica envolvida. Não se pode negar que neste caso, houve uma violação do órgão de cúpula do poder judiciário ao mecanismo da modulação dos efeitos temporais da decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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: 12 set. 2021.

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 Ação Direita de Inconstitucionalidade nº2.797 Distrito Federal*. Relator Min. Menezes Direito. Disponível em: <
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629993>> Acesso em 10 set. 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 10 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Terceiros Emb .Decl. Na Ação Direta De Inconstitucionalidade 5.107 Mato Grosso*. Relator Min. Alexandre de Moraes. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748710766#:~:text=A%20jurisprud%C3%Aancia%20do%20SUPREMO%20TRIBUNAL,Min.>> Acesso em 13 set. 2021.

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 Federa 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.

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. *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.

SEVERINO, Fernanda Resende; PINHOM, Lilian Mara. *Modulação de efeitos realizado no controle concentrado de constitucionalidade protege direitos fundamentais?*. III Encontro

Virtual do CONPEDI. Constituição, teoria constitucional e democracia II. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/19i1hrk5/06Z2t78bOEKfP5ul.pdf>>. Acesso em 12 set.2021.