

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 24.03.2006

13/12/2005

EMENTÁRIO Nº 2 2 2 6 - 4

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 442.683-8 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
 RECORRENTE(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 RECORRIDO(A/S) : UNIÃO
 ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
 RECORRIDO(A/S) : SEBASTIÃO BORGES DE LIMA E OUTRO(A/S)
 ADVOGADO(A/S) : FELIPE NÉRI DRESCH DA SILVEIRA E
 OUTRO(A/S)
 RECORRIDO(A/S) : CARLA NÚBIA PEREIRA ELMIR
 ADVOGADO(A/S) : MARCOS JOSÉ BOCHEHIN
 RECORRIDO(A/S) : AMARO DANILEVICZ CABRAL
 ADVOGADO(A/S) : JOSÉ RENATO BUCHAIM E OUTRO(A/S)
 RECORRIDO(A/S) : HELOÍSA HELENA FALEIRO BALARDIN E
 OUTRO(A/S)
 ADVOGADO(A/S) : PEDRO MAURÍCIO PITA MACHADO E OUTRO(A/S)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO: INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO **EX NUNC**. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

I. - A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos — 1987 a 1992 —, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito **ex nunc**, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, "DJ" de 25.6.1999.

II. - Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito **ex nunc** para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos.

III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

IV. - RE conhecido, mas não provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, **sob a Presidência** do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de

MU



*Supremo Tribunal Federal***RE 442.683 / RS**

votos, **em conhecer** do recurso extraordinário e **negar-lhe** provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de dezembro de 2005.



CARLOS VELLOSO - RELATOR

Supremo Tribunal Federal

13/12/2005

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 442.683-8 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. CARLOS VELLOSO**
 RECORRENTE(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 RECORRIDO(A/S) : UNIÃO
 ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
 RECORRIDO(A/S) : SEBASTIÃO BORGES DE LIMA E OUTRO(A/S)
 ADVOGADO(A/S) : FELIPE NÉRI DRESCH DA SILVEIRA E
 OUTRO(A/S)
 RECORRIDO(A/S) : CARLA NÚBIA PEREIRA ELMIR
 ADVOGADO(A/S) : MARCOS JOSÉ BOCHEHIN
 RECORRIDO(A/S) : AMARO DANILEVICZ CABRAL
 ADVOGADO(A/S) : JOSÉ RENATO BUCHAIM E OUTRO(A/S)
 RECORRIDO(A/S) : HELOÍSA HELENA FALEIRO BALARDIN E
 OUTRO(A/S)
 ADVOGADO(A/S) : PEDRO MAURÍCIO PITA MACHADO E OUTRO(A/S)

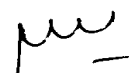
R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - O acórdão recorrido, proferido, em apelação cível, pela Quarta Turma do eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, está assim ementado:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESCONSTITUIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PROVIMENTO DERIVADO. SERVIDORES DO TRT DA 4ª REGIÃO. CONCURSO PÚBLICO. AGRAVO RETIDO REJEITADO. PRELIMINARES REJEITADAS.

1. Agravo retido rejeitado.

2. A legitimação do MP, a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, deve ser interpretada de modo a



Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

alargar o rol previsto no art. 1º da Lei n. 7.347/85, meramente exemplificativo. No caso, o MPF busca a desconstituição de ato administrativo que reputa em desacordo com a ordem jurídica constitucional.

3. Rejeitada a preliminar de prescrição anual, uma que não se está a discutir o resultado do concurso e sim o empossamento dos candidatos.

Desacolhida a preliminar de prescrição quinquenal, eis que não se imputa exclusivamente ao autor a demora na citação dos réus, bem como a pretensão do autor é contra a posse dos servidores nos novos cargos e não contra o resultado do concurso que os habilitou.

4. Não restam dúvidas de que a Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma universal de acesso aos cargos públicos.

Todavia, não é menos certo que, à época dos fatos (entre 1987 e 1992), esse não era um entendimento pacífico, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Apenas em 17 de fevereiro de 1993 o STF (na Medida Cautelar na ADIn nº 837-4) suspendeu a eficácia do art. 8º, III e do art. 10, X, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, passando a prevalecer o entendimento de que o concurso interno não poderia mais ser realizado.

In casu, os prejuízos que adviriam para a Administração, além dos servidores, seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento destes atos. Prevalece



Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

o princípio da segurança jurídica e da boa-fé, como tem entendido a jurisprudência." (Fls. 920-921)

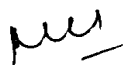
Daí o recurso extraordinário, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, fundado no art. 102, III, **a**, da Constituição Federal, com alegação de ofensa ao art. 37, II, da mesma Carta, sustentando, em síntese, que "*qualquer forma de investidura, seja inicial ou derivada, requer a 'aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos'*" (fl. 926).

Admitido o recurso (fl. 1.043), subiram os autos.

A Procuradoria Geral da República, em parecer lavrado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau, opinou pelo provimento do recurso (fls. 1.056/1.061).

Autos conclusos em 24.11.2005.

É o relatório.



Supremo Tribunal Federal

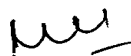
13/12/2005

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 442.683-8 RIO GRANDE DO SULV O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - Tal como informa o Ministério Público Federal, no parecer de fls. 1.056/1.061, da ilustre Subprocuradora-Geral, Dra. Sandra Cureau, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a ascensão funcional, espécie de provimento derivado vertical, pelo que tem declarado a inconstitucionalidade de dispositivos de leis e de Constituições estaduais que admitem essa forma de provimento derivado vertical. Indico, entre os muitos precedentes, a ADI 3.030/AP, de minha relatoria, citado, aliás, no parecer da Procuradoria Geral da República. No julgamento da ADI 806-MC/DF, também de minha relatoria, outro não foi o decidido pela Corte Suprema (RTJ 156/801). No mesmo sentido: ADI 245/RJ, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/391; ADI 248/RJ, Ministro Celso de Mello, RTJ 152/341; ADI 231/RJ, Ministro Moreira Alves, RTJ 144/24; ADI 1.476-MC/PE, Ministro Sepúlveda Pertence, "DJ" de 1º.3.2002; ADI 368/ES, Ministro Moreira Alves, "DJ" de 02.5.2003.

Aqui, entretanto, estamos diante de ação do processo subjetivo. E, conforme deixa expresso o acórdão, os atos impugnados ocorreram sob o pálio de lei que os autorizava, Lei 8.112, de 1990, art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e



Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

art. 33, inciso IV, dispositivos esse que somente foram declarados inconstitucionais na ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, julgamento realizado em 27.8.1998, publicado o acórdão no "DJ" de 25.6.1999. A suspensão cautelar de tais disposições legais ocorreu em 1993, com efeito **ex nunc** (ADI 837-MC/DF).

Por isso mesmo, acentuou o ilustre Desembargador Edgard Lippman Júnior, no voto em que se embasa o acórdão recorrido:

"(...)

Atualmente, é certo que não restam dúvidas de que a Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma universal de acesso aos cargos públicos. Todavia, não é menos certo que, à época dos fatos, esse não era um entendimento pacífico, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Veja-se que, entre outros destacados autores, sustentavam a permanência do concurso interno CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, DIÓGENES GASPARINI, HELY LOPES MEIRELLES e ADILSON ABREU DALLARI. Praticamente todos os Tribunais, inclusive esta Corte e o próprio STF, fizeram concursos internos depois de 1988. Apenas em 1993, depois das designações aqui contestadas, é que o STF suspendeu a eficácia do art. 8º, III e do art. 10, X, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, passando a prevalecer o entendimento de que o concurso interno não poderia mais ser realizado. Não se pode, portanto, aplicar mecanicamente a norma constitucional agitada na peça vestibular.

No tocante à declaração judicial de ineficácia dos atos administrativos nascidos de forma irregular, em texto trazido pelos apelantes (fl. 730), MIGUEL SEABRA FAGUNDES já advertia: 'pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne útil àquele mesmo interesse (público)', de modo tal que 'também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência de seus efeitos'.



Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

Assim, no julgamento do caso, deve-se considerar tanto o interesse público quanto as situações individuais envolvidas.

Primeiro, o interesse público foi manifestado pelo próprio réu, a União Federal, em nome do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que informa que seus serviços seriam amplamente prejudicados pela interrupção do exercício dos servidores ascendidos há mais de uma década. Como estes funcionários teriam que retornar a seus cargos anteriores, também não teria o Tribunal como contornar a situação daqueles outros servidores que foram convocados, via concurso público, para preencher tais cargos. A situação seria de **verdadeiro tumulto administrativo**, se não de atingimento da esfera individual de terceiros não presentes no feito.

Segundo, quando as situações individuais, seria injusto fazer retornar aos cargos anteriores funcionários que, pelo longo tempo transcorrido, atingiram elevado grau de especialização nas novas funções e estruturaram suas vidas, pessoais e familiares, a partir dos novos patamares remuneratórios.

Os servidores, de boa-fé, foram convocados pela Administração, que também agiu de boa-fé, a participarem de concurso interno, nos mesmos moldes de concurso público, com igual grau de dificuldade, para preencher certo número de vagas reservadas com essa finalidade, de acordo com a Lei nº 8.112/90, a Lei nº 5.645/79 e o Decreto nº 85.654/81.

Logo, entendo ser inadequado, mais de uma década depois, simplesmente negar validade a tais atos, construídos, naquele momento, dentro de uma aparente legalidade e em estrito cumprimento de norma legal que se tinha por vigente, desconsiderando os efeitos concretos que advieram.

No caso, os prejuízos que adviriam para a Administração, além dos servidores, seriam maiores do que eventuais vantagens do desfazimento destes atos. Deve prevalecer, pois, **o princípio da segurança jurídica e da boa-fé**, como tem entendido a jurisprudência.

(...)." (Fls. 906-907)



RE 442.683 / RS

Supremo Tribunal Federal

Na mesma linha, com argumentos igualmente consistentes, voto do ilustre Desembargador Valdemar Capelletti (fls. 912-917), que registrou que o Supremo Tribunal Federal, quando apreciou o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos acoimados de inconstitucionais, na ADI 837-MC/DF, por consagrarem formas de provimento derivado vertical, dispositivos da Lei 8.112/90, deferiu a citada cautelar, fazendo-o, entretanto, com efeito **ex nunc**.

Está na ementa do referido acórdão do Supremo Tribunal:

"(...)

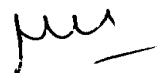
'Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivos impugnados por admitirem a ascensão, o acesso, a progressão ou o aproveitamento como formas de provimento de cargos públicos.

- Ocorrência, no caso, de relevância jurídica e de conveniência da suspensão da eficácia requerida.

Pedido liminar deferido, suspendendo-se, **ex nunc**, a eficácia do artigo 4º da Lei 7.707, de 1988, e da Lei 7.719, de 1989, do artigo 10 da Lei nº 7.727, de 1989, do artigo 17 da Lei 7.746, de 1989, dos artigos 8º, III, e das expressões 'acesso e ascensão' do artigo 13, parágrafo 4º, 'ou ascensão' e 'ou ascender' do artigo 17, e do inciso IV do artigo 33, todos da Lei nº 8.112, de 1990, bem como dos artigos 3º, 15, 16, 17, 18, 19 e 20 do ato Regulamentar nº 1, e do artigo 2º, II, 'a', da Resolução nº 14, ambos de 1992, editados pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.'

(decisão 11/02/93, unânime, DJ 23/04/93)

(...)." (Fls. 915-915-v)



RE 442.683 / RS

Supremo Tribunal Federal

Decidiu, depois, o Supremo Tribunal, o mérito da mencionada ADI 837/DF, no ano de 1998, acórdão publicado no "DJ" de 25.6.1999:

"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Formas de provimento derivado. Inconstitucionalidade.

- Tendo sido editado o Plano de Classificação dos Cargos do Poder Judiciário posteriormente à propositura desta ação direta, ficou ela prejudicada quanto aos servidores desse Poder.

- No mais, esta Corte, a partir do julgamento da ADIN 231, firmou o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. Outros precedentes: ADIN 245 e ADIN 97.

- Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei n° 8.112/90, do inciso III do artigo 8°; das expressões **ascensão** e **acesso** no parágrafo único do artigo 10; das expressões **acesso** e **ascensão** no § 4° do artigo 13; das expressões **ou ascensão** e **ou ascender** no artigo 17; e do inciso IV do artigo 33.

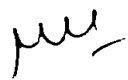
Ação conhecida em parte, e nessa parte julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos e das expressões acima referidos."

Abrindo o debate, esclareça-se que a ordem jurídico-constitucional brasileira consagra, em termos de jurisdição constitucional, o controle misto. É dizer, temos o controle de constitucionalidade difuso, a partir da 1ª República, segundo o modelo norte-americano, instituído a partir do célebre Madison vs. Marbury **case**, de 1803, e o controle concentrado, em abstrato, a partir da EC 16, de 1965, que conferiu competência ao Supremo

Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

Tribunal Federal para julgar a representação de inconstitucionalidade de atos normativos federais e estaduais, legitimado o Procurador-Geral da República para o seu aforamento. O modelo adotado foi o dos Tribunais Constitucionais europeus. Intituiu-se, pois, a partir daí, a ação direta genérica.

O controle difuso, segundo o modelo norte-americano, realiza-se no caso concreto, em qualquer ação, incidentalmente ou por via de exceção; a sentença é declaratória, com efeito retroativo, **ex tunc** e **inter partes**. Já o modelo europeu continental, que surgiu sob a inspiração de Kelsen, na Constituição da Áustria de 1920, aperfeiçoado com a reforma de 1929, dá-se em abstrato, numa ação direta, que será aforada apenas em um Tribunal, o Tribunal Constitucional. O acórdão tem natureza constitutiva-negativa ou desconstitutiva; a eficácia é **erga omnes** e o efeito fixado **pro tempore: ex tunc, ex nunc** ou **pro futuro**. O ato inconstitucional é anulável e não nulo. Bem por isso e em boa hora, veio a lume a Lei 9.868, de 10.11.1999, que, no seu art. 27, estabeleceu que 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, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos da declaração, decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. 

Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

Isto não deve ter sabor de novidade.

Na pátria do efeito **ex tunc**, nos Estados Unidos, a Suprema Corte admite o teor político do controle de constitucionalidade e que o ingrediente político da decisão tomada no controle de constitucionalidade pode relativizar o princípio da retroação **ex tunc**. O trabalho doutrinário do professor Sérgio Resende Barros é bastante esclarecedor ("O Nó Gordio do Sistema Misto", *in* "Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei 9.882/99", Ed. Atlas, 2001, p. 180).

No caso *Linkletter vs. Walker*, de 1965, "a Suprema Corte reconheceu que a questão da retroatividade ou prospectividade dos efeitos do **judicial review** não corresponde a um princípio exarado na Constituição, mas a uma prática jurisprudencial, que pode ser alterada, portanto, pela própria jurisprudência, se necessário" (Sérgio Resende de Barros, *ob. cit.*). Nos casos *Stevall vs. Denno* e *Gedeão*, a Suprem Corte reiterou o entendimento.

Anota a Desembargadora Maria Isabel Gallotti, em excelente artigo de doutrina ("A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e seus Efeitos", RDA 170/18), que, "nos países que aderem à doutrina da eficácia **ex tunc**", "a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, se levada a extremos, por dar margem a sérias injustiças, bem como a perigosa insegurança nas relações jurídicas,



Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

econômicas e sociais". E acrescenta a ilustre magistrada que "a realidade é que, como poderá Lúcio Bittencourt, 'os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário'". (Lúcio Bittencourt, "O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis", Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 148). E, invocando Willoughby, "conquanto a lei inconstitucional deva, sob o ponto de vista estritamente lógico, ser considerada como se jamais tivesse tido força para criar direitos ou obrigações, considerações de ordem prática têm levado os tribunais a atribuir certa validade aos atos praticados por pessoas que, em boa-fé, exercem os poderes conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz" (Maria Isabel Gallotti, ob. e loc. cits.).

Essa posição, registra Maria Isabel Gallotti, foi sustentada pelo Ministro Leitão de Abreu, no RE 79.343/BA, destaque do voto do eminente e saudoso Ministro:

"(...)

Coincidentes as opiniões quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, efeitos distintos conforme se tratar de declaração de invalidade **incidenter tantum** ou de declaração de nulidade em tese, a questão segunda, que se apresenta, tocante à nulidade ou anulabilidade da lei, isto é, da sua nulidade **ab initio** ou a partir do ato declaratório da invalidade, não recolhe, quanto ao seu deslinde, total consenso dos tribunais e de parte da doutrina. O **Corpus Juris Secundum**, reportando-se ao direito norte-americano, assim compendia a diretriz aí dominante: 'Em sentido amplo, uma lei inconstitucional é nula, em qualquer tempo, e a sua invalidade deve ser

Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

reconhecida e proclamada para todos os efeitos ou quanto a qualquer estado de fato. Não é lei ou não é uma lei; é algo nulo, não se reveste de força, não possui efeito ou é totalmente inoperante. Falando do modo geral, a decisão, pelo tribunal competente, de que a lei é inconstitucional tem por efeito tornar essa lei nula e nenhuma; o ato legislativo, do ponto de vista jurídico, é tão inoperante como se não tivesse sido emanado ou como se a sua promulgação não houvesse ocorrido. É considerado inválido ou nulo, desde a data da promulgação e não somente a partir da data em que é, judicialmente, declarado inconstitucional'. Exposta, assim, a orientação dominante, acrescenta, todavia, o mesmo repositório, explicitado os termos em que se coloca a opinião divergente: 'Por outro lado' — prossegue — 'tem sido sustentado que essa regra geral não é universalmente verdadeira; que existem muitas exceções ou que certas exceções têm sido reconhecidas a esse respeito; que essa teoria é temperada por diversas outras considerações; que uma visão realista vem corroendo essa doutrina; que asserções tão amplas devem ser recebidas com reservas e que, mesmo uma lei inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da constitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. Tem sido sustentado, por isso: que a lei inconstitucional não é nula, mas somente anulável, ou que é inexecutável em vez de nula, ou nula no sentido de que é inexecutável, porém não no sentido de que é anulada ou abolida; que a lei inconstitucional permanece inoperante enquanto a decisão que a declara inválida é mantida e que, enquanto essa decisão continua de pé, a lei dorme, porém não está morta' (...). (Corpus Juris Secundum, v. 16, § 101).

(...)."

Depois de citar Kelsen, que enfrentou o problema na sua "General Theory of Law and State", dando pela anulabilidade e não pela nulidade da lei inconstitucional, pelo que a decisão que declara a inconstitucionalidade é um ato constitutivo, concluiu o Ministro Leitão de Abreu:



RE 442.683 / RS

Supremo Tribunal Federal

"(...)

2. Acertado se me afigura, também, o entendimento de que não deve ter como nulo **ab initio** ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o **Corpus Juris Secundum**, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa fé exige que, em determinados circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.

"(...)."

Em diversos recursos extraordinários oriundos do Estado do Amazonas, sustentei, com o apoio dos meus eminentes Colegas da 2ª Turma, que "a lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé" (RE 328.232-Agr/AM, "DJ" de 02.9.2005).



RE 442.683 / RS

Supremo Tribunal Federal

Destaco do voto que proferi:

"(...)


A decisão é de ser mantida. Conforme nela acentuado, não se está reconhecendo a constitucionalidade superveniente. O que se reconhece, no caso, é que os efeitos do ato da administração do Estado do Amazonas devem ser mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé, certo que esses efeitos, na hipótese sob julgamento, viram-se convalidados pela Constituição de 1988.

O tema traz ao debate o princípio da segurança jurídica, que foi versado de forma superior pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento, pelo Plenário, do MS 22.357/DF (Plenário, 27.5.2004, 'DJ' de 05.11.2004). Invocou o Ministro Gilmar Mendes o clássico estudo de Almiro do Couto e Silva sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica em direito comparado (Revista da Procuradoria Geral do Estado, v. 18, n.º 46, 1988, ps. 11-29) e lição de Miguel Reale ('Revogação e anulamento do ato administrativo', Forense, 2.ª ed., 1980, ps. 70-71) para concluir que 'considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2.º)'.

O princípio da segurança jurídica assenta-se, sobretudo, na boa-fé e na necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. No caso, não custa repetir, o ato administrativo embasa-se no princípio da boa-fé, tanto do órgão administrativo que deferiu a vantagem, como, e principalmente, do servidor público, o que recomenda a manutenção dos efeitos do ato, efeitos esses que, de resto, conforme linhas atrás foi dito, se viram convalidados pela Constituição de 1988.

"(...)."

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 197.917/SP, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgou inconstitucional o parágrafo único do art. 6.º da Lei Orgânica n.º 226, de 1990, do Município de Mira Estrela/SP — caso do número de vereadores —, mandando, entretanto, que se respeitasse o mandato dos



Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

atuais vereadores. É dizer, emprestou efeito pro futuro à decisão ("DJ" de 07.5.2004).

Destaco do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido do efeito pro futuro:

"(...)

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão 'lei inconstitucional' configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que "the unconstitutional statute is not law at all" (Willoughby, Westel Woodbury. **The Constitutional Law of the United States**, New York, 1910, v. 1, p. 9/10; cf. Cooley, Thomas M., **Treaties on the Constitutional Limitations**, 1878, p. 227), passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade (Tribe, Laurence. **The American Constitutional Law**, The Foundation Press, Mineola, New York, 1988). A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas, e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não se há que cogitar de alteração de julgados anteriores.

Sobre o tema, afirma Tribe:

'No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo.' Parafraseando o Justice Cardozo pela assertiva de que 'a constituição federal nada diz sobre o assunto', a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política

Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de Linkletter no caso *Stovall v. Denno*: 'Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões'. (Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 30)

(...)."

Depois de considerações outras, acrescentou o Ministro Gilmar Mendes:

"(...)"

A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (**limited retrospectivity**), a superação prospectiva (**prospective overruling**), que tanto pode ser limitada (**limited prospectivity**), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (**pure prospectivity**), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem (Palu, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*, São Paulo 2ª ed., 2001, p. 173; Medeiros, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999).

Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente pro futuro (Cf. a propósito, Sesma, **El Precedente**, cit., p. 174 s). De resto, assinala-se que, antes do advento da Lei nº 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos (Cf. v.g. Corte Constitucional austríaca (Constituição, art.

Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Cf. Garcia de Enterría, *Justicia Constitucional*, cit., p. 5), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (art.174, 2 do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso Markx, de 13 de junho de 1979. Cf. Siqueira Castro, Carlos Roberto. *Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nº 9.868 e 9882/99*, in: Sarmiento, Daniel, *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99* (organizador), Rio de Janeiro, 2001)).

No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.

(...)."

Em caso semelhante, MS 22.357/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, decidiu:

"**EMENTA:** Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das

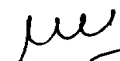
Supremo Tribunal Federal

RE 442.683 / RS

contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido." ("DJ" de 05.11.2004)

A questão dos efeitos **ex nunc** ou **pro futuro** da decisão que decreta a inconstitucionalidade de lei não tem, conforme vimos, sabor de novidade no Supremo Tribunal Federal. É que, anotei no voto que proferi no citado RE 328.232-AgR/AM, "uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz".

Do exposto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.



13/12/2005

Supremo Tribunal Federal

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 442.683-8RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente, quero cumprimentar o Ministro Carlos, mais uma vez, pelo belíssimo voto proferido, num tema com tanta relevância e que, até pouco tempo, era raro nas manifestações da jurisdição constitucional brasileira.

Tal como pontuou o eminente Relator, no caso temos a necessidade de fazer a ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional - o qual, conforme assumimos entre nós, tem hierarquia constitucional - e o princípio da segurança jurídica, que, muitas vezes, justifica a subsistência de atos concretos a despeito da declaração de inconstitucionalidade e, até mesmo, a pronúncia de uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos estritos ou mitigados. O art. 27 da Lei nº 9.868, bem apontado pelo eminente Ministro-Relator, na verdade apenas explicita, estrutura e declara o que o Tribunal pode fazer a partir do próprio Texto constitucional.

Outro ponto já ressaltado na manifestação eloqüente e belíssima do eminente Ministro Carlos Velloso diz respeito a essa

RE 442.683 / RS *Supremo Tribunal Federal*

separação de planos. Uma coisa é a declaração de nulidade da lei; outra é se essa nulidade repercute sobre os atos concretos. Bem soube fazer essa distinção o Supremo Tribunal Federal ao aceitar, sim, a ADI contra a norma constante da Lei nº 8.112, mas dando-lhe eficácia **ex nunc**, a sinalizar que não queria tumultuar, em razão da segurança jurídica, os certames concursivos eventualmente verificados.

Temos tido não só no Plenário, mas também na Turma, oportunidade de salientar a importância do princípio da segurança jurídica, que imanta toda essa discussão. Portanto, é fundamental destacarmos essa separação de planos. Convivemos com essa realidade em razão, até mesmo, das fórmulas de preclusão; muitas vezes ela ocorre nos sistemas tributário e administrativo.

Hoje, felizmente, temos, de forma clara, essa questão colocada na Lei nº 9.784, a Lei de Procedimento Administrativo. Essa Lei diz que a eventual declaração de nulidade administrativa não poderá se fazer sobre atos já velhos, de mais de cinco anos. Portanto estabeleceu, também aqui, uma fórmula de preclusão ou aquilo que a doutrina chama de uma decadência administrativa.

Nessa oportunidade, quero ressaltar - esta é uma questão recentemente assumida por esta Corte, afora os casos mencionados e de relevância histórica - a importância que, nesses casos, assume a doutrina brasileira, especialmente aquela defendida por Miguel Reale e pelo notável Professor gaúcho Dr. Almiro do Couto

RE 442.683 / RS *Supremo Tribunal Federal*

e Silva, este com estudos pioneiros sobre o princípio da segurança jurídica.

Com essas considerações, invocando os subsídios que trouxe em outros casos e louvando o belíssimo voto do Ministro Carlos Velloso, acompanho o voto de Sua Excelência.

A handwritten mark or signature, possibly a stylized 'S' or a similar symbol, located in the lower right quadrant of the page.

Supremo Tribunal Federal

13/12/2005

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 442.683-8 RIO GRANDE DO SUL**V O T O**

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Sr. Presidente, creio que o voto do eminente Relator, brilhante como sempre, modulou adequadamente os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade. À parte o cumprimento a Sua Excelência, adianto que utilizarei o precedente para outro caso que tenho em espera.

Acompanho o voto do Ministro-Relator.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 442.683-8

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECDO.(A/S): SEBASTIÃO BORGES DE LIMA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): FELIPE NÉRI DRESCH DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): CARLA NÚBIA PEREIRA ELMIR

ADV.(A/S): MARCOS JOSÉ BOCHEHIN

RECDO.(A/S): AMARO DANILEVICZ CABRAL

ADV.(A/S): JOSÉ RENATO BUCHAIM E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): HELOÍSA HELENA FALEIRO BALARDIN E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): PEDRO MAURÍCIO PITA MACHADO E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, por votação unânime, **conheceu** do recurso extraordinário, mas lhe **negou** provimento, nos termos do voto do Relator. **Falou**, pelos recorridos Heloisa Helena Faleiro Balardin e outros, o Dr. Pedro Maurício Pita Machado e, pelos demais recorridos, o Dr. Amarildo Maciel Martins. **2ª Turma**, 13.12.2005.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica
Cureau.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador