

Do processo administrativo nº 2008-0.344.249-8

**INTERESSADO: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

**ASSUNTO:** Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 14.660, de 26 de dezembro de 2007, artigos 6º, 77, 110 e 128 – Ação julgada parcialmente procedente.

Informação n.º 2493/2010-SNJ.G

**SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS – SNJ**  
**ASSESSORIA TÉCNICA E JURÍDICA**  
Senhora Procuradora Chefe

### **DO RELATÓRIO**

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, a qual foi julgada parcialmente procedente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a declaração da inconstitucionalidade dos artigos 110 e 128 da Lei Municipal nº 14.660/07 (fls. 197/213 e 229/245), que assim dispõem:

“Art. 110. Ficam criados no Quadro dos Profissionais da Administração, instituído pela Lei nº 11.511, de 19 de abril de 1994, 100 (cem) cargos de Assistente Técnico Administrativo, Referência DAI-6, de livre provimento em comissão pelo Prefeito, dentre integrantes da carreira de Auxiliar Técnico de Educação, lotados nos órgãos centrais e regionais da Secretaria Municipal da Educação.”

“Art. 128. Ficam criados no Quadro dos Profissionais da Administração, instituído pela Lei nº 11.511, de 19 de abril de 1994, 39 (trinta e nove) cargos de Assistente Técnico II, de referência DAS-11, de livre provimento em comissão pelo Prefeito, nas Diretorias Regionais de Educação, na seguinte conformidade:

- a) 13 (treze) cargos providos dentre portadores de diploma de Engenheiro;
- b) 13 (treze) cargos providos dentre portadores de diploma de Ciências Jurídicas e Sociais;

c) 13 (treze) cargos providos dentre portadores de diploma de Contador.”

Apresentados e julgados embargos de declaração (fls. 220/227 e 273/276), interpôs a Municipalidade recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo (fls. 279/290). Também interpôs recurso extraordinário a Câmara Municipal de São Paulo (fls. 291/304).

O Departamento Judicial – JUD esclarece que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo e que não foi ainda examinado pelo Tribunal o pedido de concessão de tal efeito, razão pela qual recomenda nova subida do processo administrativo para a ciência das Secretarias Municipais de Educação - SME, da Modernização Gestão e Desburocratização (SMG) e do Governo Municipal - SGM (fls. 305/306 e 309/310).

A Procuradoria Geral do Município – PGM destacou que, não tendo ainda atribuído o almejado efeito suspensivo ao recurso extraordinário, que se encontra em juízo de admissibilidade, o v. acórdão de fls. 197/213 surte seus regulares efeitos de direito, devendo ser observado e cumprido pela Administração, ainda que provisoriamente.

E conclui que “Isto significa que deverão ser provisoriamente tornados sem efeitos os atos administrativos que tenham sido praticados com fundamento nos artigos 110 e 128 da Lei Municipal nº 14.660/07, julgados inconstitucionais, razão pela qual propõe o envio à SMG e SME, considerando desnecessária nova remessa do processo à SGM/ATL (fls. 311/313).

### **DA INVIABILIDADE DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO**

De conformidade com a informação prestada pela Assessora Especial do CONAE-2/SME (fl. 262), “os cargos em comissão de Assistente Técnico Administrativo – DAI 6, criados pelo artigo 110 da Lei nº 14660/07, estão todos vagos, uma vez que não há integrante da carreira de Auxiliar Técnico de Educação com lotação definitiva nos órgãos centrais e regionais da SME” e que quanto “aos 39 cargos de Assistente Técnico II, de referência DAS 11, de livre provimento em comissão, com lotação nas Diretorias Regionais de Educação, há pessoal nomeado e em exercício.”

Parece-nos, então, que não há como se cumprir provisoriamente a decisão, porque a anulação dos atos administrativos implicaria em exoneração dos cargos, com conseguinte solução de continuidade dos serviços prestados pelos servidores nomeados, em prejuízo do interesse público.

A nosso ver feriria o princípio da razoabilidade a imediata exoneração dos servidores nomeados, diante da possibilidade de acolhimento do pedido de efeito suspensivo e do eventual posterior provimento dos recursos extraordinários interpostos pela Municipalidade e Câmara Municipal de São Paulo.

Opinamos, portanto, no sentido de que não se cumpra, ainda, a decisão judicial proferida, ficando-se no aguardo das decisões antes mencionadas, até porque, em ação direta de inconstitucionalidade, o cumprimento da decisão judicial depende de

ato da Câmara Municipal, por expressa disposição do artigo 90, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo, nestes termos:

§ 3º - Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal interessada, para a suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei ou do ato normativo.”<sup>1</sup>

No mesmo sentido, estabelece a Lei Federal nº 9868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

Art. 25. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

E no artigo 28 a referida Lei Federal indica que a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei passa a produzir efeitos (ainda que “ex tunc”), somente a partir do trânsito em julgado:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. (g.n.)  
Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Observe-se que “a eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” estão previstos no parágrafo único do artigo 28, condicionando-o, desta forma, ao trânsito em julgado da decisão, previsto no seu “caput”.

Aliás, a Constituição Federal também condiciona a eficácia contra todos e o efeito vinculante à decisão definitiva de mérito, o que pressupõe o trânsito em julgado da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei, conforme se constata do seu artigo 102, § 2º:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 – g.n.)

No caso em concreto, só existirá decisão definitiva de mérito após o trânsito em julgado da decisão que declarou a inconstitucionalidade dos dois artigos da referida lei municipal.

**Angelina Mariz de Oliveira**<sup>2</sup> esclarece que “...a decisão transitada em julgado em ações diretas tem tradicionalmente o efeito *ex nunc*.” (g.n.).

---

<sup>1</sup> Em consonância com o Artigo 52, X, da Constituição Federal.

<sup>2</sup> *Ação Direta de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária*, Dialética, São Paulo, 2005, p.130.

Assim, entendemos que o cumprimento da decisão proferida deva aguardar a suspensão da execução da lei por parte da Câmara Municipal, quando esta for comunicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que, espera-se, só deverá ocorrer após o trânsito em julgado do v. acórdão.

Enquanto isto, aguarda-se a decisão quanto ao pedido de efeito suspensivo do recurso extraordinário interposto pela Municipalidade de São Paulo.

### **DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE EFEITO “EX NUNC À DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI**

Por outro lado, é importante observar que, em que pese ter a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, em regra, efeitos “ex tunc”, como corretamente afirmado pelo Departamento Judicial – JUD, o nosso sistema jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em casos excepcionais, a concessão de efeitos “ex-nunc”, com base no artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99, que assim dispõe:

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.” (g.n.).

Como se vê, o citado dispositivo legal permite mitigar a retroatividade das decisões declaratórias da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

As razões de segurança jurídica e excepcional interesse social devem ser resguardadas não apenas no controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, mas também no controle realizado pelos Tribunais locais.

Portanto, nosso Sistema Jurídico admite, excepcionalmente, que seja fixado um momento para que se inicie a produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não podendo prevalecer a simples regra de nulidade dos atos praticados durante a vigência da norma, sob pena de violação de vários princípios que norteiam a ordem jurídica, dentre eles o princípio da segurança das relações jurídicas que se estabeleceram sob o direito positivo considerado escoreito, bem como o princípio da boa-fé.

Ressalte-se, ainda, que na Lei nº 9.868/99 estão estipulados princípios que devam ser observados no controle de constitucionalidade abstrato do ordenamento pátrio, pois, em que pese a citada lei federal ter disciplinado o processo e o julgamento da ADIN perante o **Supremo Tribunal Federal**, ela também consigna ideias regulamentadoras (princípios) que não podem ser olvidados pelas demais Cortes do nosso país.

Desta forma, com base em referida Lei Federal, admite-se que os Tribunais adotem três critérios para a fixação dos efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis: a) efeitos “ex tunc” (retroativo); b) efeitos “ex nunc” (irretroativo); e c) efeitos “pro futuro” (para o futuro).

## Do Posicionamento Doutrinário Acerca dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei

No que pertine especificamente à possibilidade de conferir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* às leis declaradas inconstitucionais, muito embora se refira às ADINs de competência do STF, oportuno transcrever o seguinte excerto do artigo intitulado “A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade”<sup>3</sup>, de autoria de **Daniel Sarmento**:

Porém, na prática, a aplicação indiscriminada do dogma da nulidade das leis inconstitucionais suscita questões de difícil equacionamento. Com efeito, a eliminação retroativa de normas vigentes no ordenamento pode gerar situações de verdadeiro ‘caos’ jurídico ou de injustiça flagrante, ocasionando tremenda insegurança para aqueles que pautam seus atos pela lei inconstitucional.

Tal problema se agrava, tendo em vista a imprescritibilidade do vício de ilegitimidade constitucional. Nada obsta que a inconstitucionalidade de uma norma jurídica só seja reconhecida muitos anos depois de sua edição, após a consolidação de um sem-número de relações jurídicas constituídas sob a sua égide. Nestes casos, a supressão retroativa da lei contrária à Constituição pode acarretar tremendas injustiças, lesionando outros interesses e valores também tutelados pela ordem constitucional.

...

Em casos desta espécie, parece-nos imperioso que se conceda certa margem de manobra ao Judiciário, para que possa buscar, em vista das peculiaridades da situação concreta, uma solução que acomode, na medida do possível, os interesses em disputa, sem ter de sacrificar integralmente algum deles em detrimento do outro.

...

Pela clara dicção do art. 27, o STF pode agora: (a) emprestar efeitos plenamente retroativos à sua decisão, fulminando *ab ovo* a norma, sendo esta a regra geral; (b) atenuar estes efeitos, estabelecendo um momento, no passado, posterior à edição da lei, a partir do qual a decisão surtirá seus efeitos; (c) conferir eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, validando todos os efeitos já produzidos pela norma afastada até a data da decisão; (d) ou até mesmo conceder eficácia *pro futuro* ou seu julgado, fixando um marco, no futuro, até o qual a lei inconstitucional deverá ser por todos aplicada.”

...

Em conseqüência, no espectro de suas próprias autonomias, salvo pronunciamento diverso do E. STF, é lícito ao Estado, ao empreender aplicação analógica do art. 27, da Lei nº 9.868/99, dispor sobre os efeitos concretos da declaração de inconstitucionalidade da lei municipal, obtemperando os reflexos e orçamentários locais. (g.n.)

---

<sup>3</sup> Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em face das Leis 9868 e 9882, in “O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99, org. Daniel Sarmento.

No mesmo sentido, ensinam inúmeros outros doutrinadores que a sentença que declara uma lei inconstitucional poderá ter efeito *ex nunc* ou somente para o futuro.

Com efeito, ao tratar do tema do controle jurisdicional de constitucionalidade, **Zeno Veloso**<sup>4</sup> leciona que:

Se bem que mantido o entendimento clássico, em nosso direito, de que o juízo de inconstitucionalidade implica a nulidade da norma impugnada, desde a sua edição, a Lei 9.868/99, permitindo que o STF, em casos especiais, promova a manipulação dos efeitos da sentença, desvinculou a inconstitucionalidade da nulidade, não havendo mais, entre as duas figuras, uma relação de causa e efeito, uma conexão inexorável ou inafastável. Em consequência, diante de uma excepcionalidade, para atender as razões de segurança e interesse social, o Excelso Pretório, por maioria qualificada, poderá estabelecer uma pluralidade de efeitos jurídicos à declaração de inconstitucionalidade.

**Oswaldo Luiz Palu**<sup>5</sup> explana que:

Se a declaração se dá no plano da norma, e se a lei inconstitucional é nula, como sanção ao vício da inconstitucionalidade (antes da declaração mera nulidade virtual), e se a norma nunca possuiu eficácia substancial (apenas formal, o que a fazia obrigatória), natural que os atos praticados com fundamento nela resem sem fundamento jurídico. Ou seja, a sentença declaratória normativa atinge as relações jurídicas subjacentes pela nulidade e perda de eficácia da norma em que se fundavam. Os limites da retroatividade, entretanto, podem ser fixados pelo Supremo Tribunal Federal, posto ser o *controle jurisdicional da constitucionalidade*, sucessivo. A norma (lei) ultrapassou o controle político da constitucionalidade antes de ser editada e, ao nascer, veio com a presunção de constitucionalidade.

O que parece claro, na via concentrada de sentença declaratória normativa e tutela abstrata, é que o Supremo Tribunal Federal pode determinar o grau de retroatividade da decisão (mínima, máxima, média) ou mesmo atribuir efeitos *ex nunc*, sempre fundamentadamente. A regra é a da retroatividade e para evitá-la deve haver explícita fundamentação. Ainda existem *fórmulas de preclusão*, fundadas no princípio da segurança jurídica, que o Supremo Tribunal Federal deve respeitar, e se, em circunstâncias especiais não o fizer, deve também explicitar os motivos da decisão e declarar expressamente a extensão da retroatividade. São regras de preclusão em sentido amplo, por exemplo, a coisa julgada, que somente poderá ser desconstituída na via rescisória (imagine-se uma ação direta de inconstitucionalidade procedente, posterior à ação comum fundada na norma, agora, inconstitucional); se porventura exaurido o prazo da rescisória, não poderá a sentença ser desconstituída...

Mesmo para atribuir efeitos *ex nunc* à decisão, deve o STF fundamentar os motivos por que excepciona a regra geral.

---

<sup>4</sup> Controle Jurisdicional de Constitucionalidade, Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

<sup>5</sup> Controle de Constitucionalidade, Ed. os Tribunais, 1.999, págs. 158 e 159.

E, em consonância com o entendimento acima, posicionam-se outros renomados Doutrinadores:

**Celso Ribeiro Bastos**, analisando o assunto, considera que “a força do decisório ora examinado não vai contudo ao ponto de suspender a eficácia da lei, porque esta só se dá pela interveniência do Senado Federal”, e “a decisão do Pretório Excelso não tem o condão de privar a lei de sua executoriedade, vale dizer, da produção das conseqüências que a tornam eficaz”<sup>6</sup> (Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “Controle da constitucionalidade das leis municipais”, Ed. RT, 2ª edição, p. 28)

“Nula a norma, haverá efeito retroativo da decisão, salvo decisão em contrário do STF, que poderá atribuir efeitos repristinatórios à decisão. O Tribunal pode evitar a sanção da nulidade na interpretação conforme a Constituição, na inconstitucionalidade parcial.

...

A Lei nº 9.868/99 trouxe mudanças relativamente à declaração de inconstitucionalidade.

O art. 27 previu que “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.”

Com razão, apontaram constitucionalistas de escol que, muitas vezes, os Tribunais deixam de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, dadas as conseqüências práticas que de tal declaração advém.<sup>145</sup><sup>7</sup>

...

Recentemente saiu a lume um precioso estudo sobre a matéria, da autoria do magistrado e professor gaúcho Teori Zavaski. Comenta ele o art. 27 da Lei nº 9.868/99: “ Tal dispositivo, na verdade, reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes, ou seja, por ‘razões de segurança pública ou de excepcional interesse social’. Ao mantê-los, pelos fundamentos indicados, o Supremo não está declarando que foram atos válidos, nem está assumindo a função de ‘legislador positivo’, criando uma norma – que só poderia ser de hierarquia constitucional – para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado *status quo* formado irregularmente, é típica função de juiz.

Com efeito, não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedor de outros valores constitucionais, só resta ao julgador, - e esse é o seu papel-ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente legítima.

---

<sup>6</sup> Curso de Direito Constitucional, p. 80

<sup>7</sup> Ives Gandra, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 21ª ed., Malheiros Editores, p. 318.

Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional.<sup>8</sup> (**Vasco Della Giustina**, “Leis Municipais e seu controle constitucional pelo Tribunal de Justiça, livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2001, pp. 133/135).

Vale trazer à colação, ainda, a lição deixada por **Hugo de Britto Machado**<sup>9</sup> quanto a necessidade de que sejam excepcionadas do decreto de inconstitucionalidade as situações jurídicas consolidadas:

O absurdo da atribuição de efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo, sempre e em todos os casos, sem respeito às situações jurídicas consolidadas em face da que é declarada inconstitucional é tão evidente que dispensa qualquer demonstração. É o mesmo que admitir leis retroativas em todos os casos, fazendo letra morta da garantia constitucional pela qual a lei não prejudicará ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada.

Ao comentar o indigitado preceito legal, **Carlos Roberto Siqueira Castro**<sup>10</sup> expõe que:

Bem se vê que foi intenção inequívoca do legislador brasileiro romper com a vetusta tradição que desde a 1ª República se cristalizou em torno do assunto, atualizando o sistema pátrio de jurisdição constitucional em sintonia com as contemporâneas correntes de pensamento doutrinário e com o valioso acervo de jurisprudência das mais prestigiosas Cortes com jurisdição constitucional, que atribuem aos órgãos julgadores da constitucionalidade das leis a saudável discricionariedade para, em cada caso concreto, definir a eficácia temporal de suas decisões.

Consoante leciona **Regina Maria Macedo Nery Ferrari**<sup>11</sup> a Teoria da Nulidade não pode ser empregada indiscriminadamente no âmbito do direito público como é elaborada para o âmbito do direito civil, de sorte que a lei inconstitucional, enquanto não tenha sido como tal declarada, deve operar eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida, já que assim o é até a decretação de sua inconstitucionalidade.

**José Afonso da Silva** observa que a “doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transportada para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro, onde, como nota Themístocles Brandão Cavalcanti, a declaração de inconstitucionalidade em nenhum momento tem efeitos tão radicais”.<sup>12</sup>

**Ives Gandra Martins**, por sua vez, em seu “Curso de Direito Constitucional” leciona que “Nula a norma, haverá efeito retroativo da decisão, salvo decisão em contrário do STF, que poderá atribuir efeitos repristinatórios à decisão. O

---

<sup>8</sup> “Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional”, p. 49-50.

<sup>9</sup> Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal – Revista Dialética de Direito Tributário, nº 57, p. 73.

<sup>10</sup> Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em face das Leis 9868 e 9882, in “O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99,org. Daniel Sarmiento.

<sup>11</sup> Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, São Paulo, RT 1987.

<sup>12</sup> “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 21ª edição, Malheiros Editores, p. 54.



Tribunal pode evitar a sanção da nulidade na interpretação conforme a Constituição, na inconstitucionalidade parcial” (p. 318).

Afirma, ainda, aquele nobre jurista que “Entende, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada de 2:3, estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada, ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional” (pp. 323 e 324 – g.n.)

É o que **Alexandre de Moraes** denomina de “manipulação” dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quer com relação à sua amplitude, quer relativamente aos seus efeitos temporais. Excepcionalmente poderá o Supremo Tribunal Federal, presentes os requisitos já analisados, “limitar esses efeitos, seja para afastar a nulidade de alguns atos praticados pelo Poder Público com base em norma declarada inconstitucional, seja para afastar a incidência dessa decisão em relação a algumas situações seja, ainda, para eliminar, total ou parcialmente, os efeitos repristinatórios da decisão.” (“Direito Constitucional, p. 600).

Já **Sérgio Ferraz** (“Declaração de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal”, artigo publicado na RTDP 3/93, p. 210) observava, antes mesmo da edição do diploma legal em questão, que “freqüentemente a Corte, ao dar pela procedência, ressaltava os efeitos até então já consumados (sobretudo se produzidos de boa-fé, ou se a desconstituição radical se revelar sumamente injusta ou socialmente indesejável).”

**Vasco Della Giustina** (“Leis Municipais e seu controle constitucional pelo Tribunal de Justiça”, livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 135) sustenta que “Considerando o princípio da simetria, relativamente aos Estados, entendo que o citado artigo 27 pode ser aplicado supletivamente pelos Tribunais de Justiça dos Estados, no exame da constitucionalidade das leis municipais, mesmo porque, dada a natureza destas ações, os problemas enfrentados pelos membros dos Tribunais não deixam de ser similares aos que aportam ao Supremo Tribunal Federal.”

**Izaias José de Santana**<sup>13</sup> afirma:

Todavia, o fato é que, no direito brasileiro, adota-se em sede de controle concentrado (ADIN, ADC e ADPF) por regra a retroatividade, podendo, “por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social”, ser restringido para que surtam efeitos após o trânsito em julgado ou *pro futuro* (Meirelles, 2005, p. 405).”

Portanto, admite a melhor doutrina que o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei, atribua a tal decisão efeitos *ex nunc* e *pro futuro*, com fundamento no artigo 27 da Lei Federal n. 9.868/99.

---

<sup>13</sup> *Controle Concreto de Constitucionalidade – Efeitos das Decisões e Vinculação do Poder Judiciário*, Sérgio Antonio Fabris Editor – Porto Alegre – 2008, p. 194.

## Da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O **Superior Tribunal de Justiça**, ao examinar o AgRg na Medida Cautelar 5.982/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, concedeu liminar e deu efeito suspensivo ao recurso especial, até seu julgamento final, “para que, suspensos novos contratos, acordos, parcerias ou compromissos, seja evitada solução de continuidade às relações jurídicas e realizações imobiliárias já firmadas.”

A relatora fundamentou o seu voto na circunstância de que “a abrupta paralisação das obras e o descumprimento das obrigações assumidas gerarão prejuízos de grande monta para a Municipalidade, além de ensejar o abandono do que já foi iniciado sem retorno possível ao *status quo ante*”.

Também em voto-vista, Franciulli Netto assentou que “no particular, após ultrapassados 6 (seis) anos desde o advento da lei, é de bom conselho ressaltar que os efeitos imediatos da inconstitucionalidade trarão um prejuízo de difícil reparação para a Administração, tendo em vista os contratos já firmados e que estão com sua execução em andamento.”

Eis a Ementa da decisão acima mencionada:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – MEDIDA CAUTELAR – LEI ESTADUAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL – PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL – CONTRATOS FIRMADOS AO LONGO DA EXISTÊNCIA DA LEI.

1. Medida cautelar endereçada ao STJ, objetivando dar efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido, quando o Tribunal de Justiça omite-se em apreciar a necessidade da cautela.
2. Manutenção dos contratos firmados sob a égide da lei declarada inconstitucional, até o trânsito em julgado do acórdão, submetido a recurso especial.
3. Proibição de novos contratos ou acertos.
4. Agravo regimental provido.”

O Recurso Especial recebeu o nº 534053-SP – registro 2003/0035652-6, no qual a Ministra Relatora proferiu a seguinte decisão, publicada no DJ de 20.04.2005:

“Tratando-se de ação direta de inconstitucionalidade estadual e o acórdão recorrido decidiu o mérito sob fundamento exclusivamente constitucional, competindo à Suprema Corte reapreciar a questão na via do extraordinário, cabível o sobrestamento do recurso, na forma do art. 543, § 2º do CPC, no que tange à tese em torno do art. 27 da Lei 9.868/99, relativa aos efeitos da ação, devidamente prequestionada pelo Tribunal *a quo*,

Com essas considerações, sobresto o julgamento do recurso determinando a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, para julgamento do recurso extraordinário.”

Como se vê, ao conceder o efeito suspensivo ao Recurso Especial, optou o **Superior Tribunal de Justiça** por dar efeito restrito à declaração de inconstitucionalidade da lei, salvaguardando os atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos anteriormente à decisão proferida pelo **Tribunal de Justiça do Estado de**

São Paulo.

### **Da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Mais abrangente foi, porém, a decisão proferida pela Corte Constitucional, que optou por conceder o efeito “pro futuro” à declaração de inconstitucionalidade, transferindo-os para o momento posterior ao trânsito em julgado da decisão final.

Com efeito, em sessão plenária, os ministros do **Supremo Tribunal Federal** (STF) mantiveram, por maioria dos votos, a liminar concedida pelo ministro-relator Gilmar Mendes na Petição (PET 2859).

O ministro destacou trecho de seu despacho, no qual entende que "neste caso era pelo menos plausível que se atribuisse uma eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista a repercussão que a decisão teria no caso específico, uma vez que se houvesse o desfazimento de tudo o que foi feito em matéria de zoneamento haveria uma grave repercussão sobre todo o sistema".

A liminar concedida pelo ministro Gilmar Mendes foi referendada por maioria dos votos, vencido o ministro Marco Aurélio. Assim, o plenário deferiu o efeito suspensivo pretendido até o julgamento definitivo do Recurso Extraordinário.

Destaca-se, pois, a ementa do acórdão do STF (fl. 348), na qual ficou expressa a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para momento futuro, como permite o artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99:

“EMENTA: Ação cautelar inominada. Recurso extraordinário. Efeito suspensivo. 2. Decisão monocrática concessiva. *Referendum* do Plenário. 3. Operação Urbana Centro. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em ADI estadual, declarou a inconstitucionalidade de lei do Município de São Paulo. 4. Eficácia dos efeitos dessa declaração para momento futuro – “*pro futuro*”. Art. 27 da Lei nº 9.868, de 10.11.99. 5. Existência de plausibilidade jurídica do pedido de declaração de inconstitucionalidade com eficácia “*ex nunc*” e ocorrência do *periculum in mora*. 5. Cautelar, em questão de ordem, referendada.” (STF, Pleno, Seg. Méd. Caut. em Petição 2.859-7 – São Paulo, Relator Ministro Gilmar Mendes).

Foi referendada, desta forma, a liminar concedida pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, que foi acompanhado pelos votos dos Ministros Nelson Jobim (Presidente), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau, no sentido de atribuir eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para momento futuro – “*pro futuro*”, impedido o Ministro Cezar Peluso, por ter participado da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em tendo assim decidido, o **Supremo Tribunal Federal** eliminou qualquer dúvida que pudesse persistir em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, transferindo-os para um momento “a partir de seu trânsito em julgado”, nos termos do previsto pela parte final do artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99.

## **DA CONCLUSÃO**

Diante de todo o exposto, caso estejam de acordo Vossa Senhoria e o Excelentíssimo Senhor Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos, o presente processo deverá seguir para as Secretarias do Governo Municipal, de Modernização, Gestão e Desburocratização e de Educação, para ciência, com posterior retorno à Procuradoria Geral do Município – PGM e ao Departamento Judicial – JUD.

São Paulo, 23 agosto de 2.010.

**LUÍS ANTÔNIO GIAMPAULO SARRO**  
Procurador Assessor Jurídico - SNJ. G  
OAB/SP 67.281

LAGS/RFM/lags