



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2022.0000536110

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2282079-23.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MATÃO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MATÃO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITOS "EX NUNC" E OBSERVAÇÃO. V.U. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. FERREIRA RODRIGUES. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, DÉCIO NOTARANGELI E TORRES DE CARVALHO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERREIRA RODRIGUES, vencedor, JAMES SIANO, vencido, RICARDO ANAFE (Presidente), LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, RUY COPPOLA, FLAVIO ABRAMOVICI, TORRES DE CARVALHO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDO VIOTTI E JACOB VALENTE.

São Paulo, 6 de julho de 2022

FERREIRA RODRIGUES

RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 2282079-23.2020.8.26.0000
 AUTOR: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 RÉUS: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MATÃO E PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MATÃO
 INTERESSADO: ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA: SÃO PAULO
 VOTO Nº 36.671

Ação direta de inconstitucionalidade. Questionamento de validade de dispositivos da Lei n. 2.625, de 23 de setembro de 1997, do Município de Matão, que criam cargos efetivos com atribuições definidas em decreto, e não na própria lei. Inconstitucionalidade manifesta. Conforme entendimento consolidado perante o Supremo Tribunal Federal é inconstitucional a delegação de competência ao Chefe do Poder Executivo para dispor (por decreto) sobre atribuições de cargos públicos (ADI nº 4125/TO, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10/06/2010).

É importante considerar, entretanto (a) que a norma impugnada está em vigor (e vem sendo aplicada), com presunção de validade, há quase de 25 anos; (b) que os ocupantes dos cargos criados são todos concurados, o que pressupõe que cumpriram os requisitos da lei e do edital; (c) que cada nomeação, realizada com base na norma impugnada, despertou no servidor uma sinalização de que o ato era válido, e que estava em harmonia com o ordenamento jurídico, daí a necessidade de proteção dessa justa expectativa do cidadão (como decorrência do postulado da confiança legítima); (d) que a inconstitucionalidade, no caso, está sendo declarada por vício formal (referente à descrição das atribuições), ou seja, o defeito da norma impugnada não propiciou burla ao concurso público ou ao sistema de nomeações, nem caracterizou hipótese de ato ofensivo aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa; e (e) por fim, que a dispensa de mais de 3.500 servidores, por erro do legislador (ocorrido há quase 25 anos), longe de atender o interesse público, poderá gerar conflitos judiciais entre a administração e os servidores, ocasionando “mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso de tempo”.

Circunstâncias que justificam a atribuição de efeito “ex nunc” à declaração de inconstitucionalidade, para que sejam preservadas as nomeações já realizadas, com base na teoria do fato consumado e nos princípios da segurança jurídica, boa-fé objetiva e proteção da confiança legítima.

O efeito “ex nunc”, neste caso, não se confunde com a modulação de 120 dias que geralmente é concedida nas declarações de inconstitucionalidade de cargos comissionados ilegítimos. Aquela modulação temporal, em verdade, é aplicada somente para possibilitar à Administração Municipal a reorganização de seu quadro de pessoal, e não para garantir atendimento de excepcional



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

interesse social em favor dos ocupantes dos cargos, o que, aliás, seria incompatível com a natureza do vício envolvendo nomeações ilegítimas, daí porque (em tais situações indicativas de ofensa à moralidade administrativa) realmente não teria sentido preservar as nomeações já realizadas.

Aqui, entretanto, a situação é diferente, pois a modulação, nos termos do artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, é o único meio disponível para impedir que o erro do legislador na descrição das atribuições dos cargos, ocorrido há quase 25 anos, prejudique servidores de boa-fé (aprovados em regular concurso público).

Superior Tribunal de Justiça que têm admitido esse tipo de solução “como forma de realizar justiça no caso concreto, à luz do princípio da segurança jurídica”, sobretudo “nas hipóteses em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso de tempo”¹.

Supremo Tribunal Federal que, possui orientação semelhante, e que tem reconhecido, em diversos julgados recentes, que em situações excepcionais, por motivos éticos e sociais, é preciso harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional “com a exigência de preservação de outros preceitos, como a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva” (ADI/ED 6769)², inclusive para que a própria decisão judicial não incorra em violação ao princípio da unidade da Constituição (ao proteger apenas uma das garantias). Conforme lição de Luís Roberto Barroso, “a ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso

¹ REsp 1444690/MS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 24/04/2014, RMS 31.152/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 25/02/2014; MS 15.471/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 02/08/2013; AgRg no REsp 1.205.434/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 27/08/2012; RMS 38.699/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/09/2013; AgRg no REsp 1291328/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09/05/2012.

² No mesmo sentido: ADI 6453/RO, Rel. Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 14/02/2022 (**preservando a validade de emendas constitucionais aprovadas com base em norma considerada inconstitucional no Estado de Rondônia**); ADI 4758/PB, Rel. Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 06/03/2020 (**preservando a validade dos atos praticados por magistrados promovidos ou removidos com base em lei declarada inconstitucional**); ADI 6515/AM, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 23/08/2021 (**preservando a validade de prerrogativa de foro até então concedida aos membros da Procuradoria e da Defensoria Pública do Estado do Amazonas com base em norma declarada inconstitucional**); ADI 3150/ED, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 20/04/2020 (**preservando a validade das execuções de penas de multa criminal até então ajuizadas pela Procuradoria da Fazenda Pública com base em lei declarada inconstitucional**); ADI 6842/PI, Rel. Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 21/06/2021 (**preservando a validade do foro especial até então reconhecida em favor de Vice-Prefeitos e Vereadores no Estado do Piauí com base na norma declarada inconstitucional**); ADI 6074/RR, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 21/12/2020 (**preservando isenções de IPVA até então concedidas pelo Estado de Roraima, com base em lei considerada inconstitucional**); ADI 3111/ED, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 22/05/2020 (**preservando a validade de destinações de receitas oriundas de custas judiciais para pessoas jurídicas de direito privado até então efetuadas com base em lei declarada inconstitucional**); ADI 2663/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 08/03/2017 (**preservando a validade de benefícios fiscais até então concedidos no Estado do Rio Grande do Sul com base em lei declarada inconstitucional**); ADI 4481/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 11/03/2015 (**preservando a validade de benefícios fiscais até então concedidos pelo Estado do Paraná com base em lei considerada inconstitucional**); ADI 3609/ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 14/06/2021, j. 14/06/2021 (**preservando a situação dos servidores aposentados ou que já preencheram os requisitos para aposentadoria, com base na lei inconstitucional, até a data do julgamento**); ADI 4876, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 01/07/2014 (**preservando a situação dos servidores aposentados ou que já preencheram os requisitos para aposentadoria, com base na lei inconstitucional, até a data do julgamento**).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição” (“Temas de Direito Constitucional”, pp. 65-8).

Situação dos servidores já nomeados que, em razão de tal entendimento, deve ser preservada, mesmo diante da declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, para evitar que a exclusão de uma situação de inconstitucionalidade (no caso a descrição das atribuições em decreto quando o correto seria em lei formal) “propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional” (ADI 4029) ou até “maior do que aquela declarada na ação direta” (ADI/ED 2797).

Solução semelhante, aliás, que já foi adotada por este C. Órgão Especial para preservar complementações de aposentadoria e pensões concedidas com base em lei (inconstitucional) vigente há mais de vinte anos³, bem como para preservar vantagens pecuniárias incorporadas com base em leis (declaradas inconstitucionais) vigentes há mais de 45 anos (ADIN/ED n. 2005620-27.2021.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 09/03/2022), e há mais de 30 anos (ADIN n. 2173309-96.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 16/03/2022)

Posicionamento alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “a essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio” (RE n. 601.914/AgR)

Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, com efeito “ex nunc” para sejam impedidas novas nomeações, preservando-se, entretanto, a situação dos servidores já nomeados até a data do presente julgamento.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo ilustre PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, tendo por objeto (a) o **Decreto n. 3.652, de 21 de outubro de 1997**, bem como os seguintes dispositivos da **Lei n. 2.625, de 23 de setembro de 1997**, do Município de Matão: (i) **artigo 36**; (ii) expressão “**e as especificações mínimas e atribuições dos cargos do quadro permanente**”, contida no artigo 100; e (iii) **as expressões** “Auxiliar de Informática”, “Almoxarife”, “Escriturário-Atendente”, “Auxiliar de Administração Geral”, “Agente de Administração Geral”, “Oficial de Administração”, “Fiscal de Obras”, “Fiscal Sanitário”, “Fiscal Geral”, “Auditor Fiscal”, “Agente de Controle de Valores”, “Agente

³ Embargos de Declaração n. 0084460-66.2013.8.26.0000/50000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 20/08/2014;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Comunitário”, “Atendente Ambulatorial”, “Auxiliar de Consultório Dentário”, “Auxiliar de Enfermagem”, “Inspetor de Alunos”, “Auxiliar de Desenvolvimento Infantil”, “Instrutor de Artes”, “Técnico em Desenho”, “Técnico em Contabilidade”, “Técnico em Agrimensura”, “Técnico em Enfermagem”, “Técnico Desportivo”, “Técnico em Processamento de Dado”, “Técnico em Segurança do Trabalho”, “Topógrafo”, “Técnico em Lab. De Análises Clínicas”, “Técnico Agrícola”, “Técnico em Eletrotécnica”, “Auxiliar de Serviços Gerias”, “Calceteiro-Pavimentador”, “Borracheiro”, “Lavador-Lubrificador”, “Frentista”, “Auxiliar de Almoxarifado”, “Auxiliar de Topógrafo e Agrimensura”, “Entregador Leiturista”, “Telefonista”, “Auxiliar de Laboratório”, “Operador de Vaca Mecânica”, “Operador de E.T.A.”, “Jardineiro-Horticultor”, “Tratorista”, “Cozinheiro”, “Eletricista”, “Encanador”, “Mecânico”, “Motorista”, “Panificador”, “Marceneiro”, “Pedreiro”, “Pintor”, “Eletricista de Autos”, “Açougueiro”, “Carpinteiro”, “Soldador”, “Gráfico”, “Encanador de Rede”, “Mecânico I”, “Operador de Máquinas Pesadas”, “Mestre de Obras”, “Professor I”, “Professor III”, “Professor Orientador Pedagógico”, “Professor Orientador Educacional”, “Guarda Municipal Aprendiz”, “Guarda Municipal I”, “Guarda Municipal II”, “Guarda Municipal III”, “Guarda Municipal IV”, “Bombeiro Aprendiz”, “Bombeiro I”, “Bombeiro II”, “Bombeiro III”, “Bombeiro IV”, “Tecnólogo em Processamento de Dados”, “Assistente Social”, “Bibliotecário”, “Fisioterapeuta”, “Fonoaudiólogo”, “Psicopedagogo”, “Psicólogo”, “Terapeuta Ocupacional”, “Químico”, “Geólogo”, “Nutricionista”, “Museólogo”, “Arquivista”, “Historiador”, “Cirurgião-Dentista”, “Enfermeiro”, “Engenheiro Civil”, “Engenheiro Agrimensor”, “Médico”, “Médico do Trabalho”, “Analista Financeiro”, “Analista de Sistemas”, “Procurador Municipal”, “Enfermeiro do Trabalho”, “Engenheiro de Segurança do Trabalho”, “Farmacêutico”, “Biomédico”, “Médico Plantonista”, “Médico Veterinário”, “Engenheiro Agrônomo”, “Engenheiro Eletricista”, “Engenheiro de Alimentos” e “Médico da Família”, **contidas nos Anexos I e II, da referida norma.** O autor aponta a inconstitucionalidade desses dispositivos, **por ofensa às disposições do artigo 5º, § 1º, artigo 24, § 2º, item “1”, e dos artigos 111 e 144 da Constituição Estadual**, mediante alegação de que “em atenção ao princípio da legalidade que preside a Administração Pública, a criação de cargos ou empregos públicos de qualquer natureza e das funções de confiança, suas atribuições e seus quantitativos, e os requisitos, exigências e condições para o seu provimento de qualquer natureza devem estar contidos em lei formal, não sendo admissível sua delegação a ato normativo do Chefe do Poder Executivo”.

Não consta pedido de liminar.

O Prefeito e o Presidente da Câmara Municipal de Matão foram notificados e prestaram informações (fls. 582/591 e 609/612).

A ilustre Procuradora-Geral do Estado foi citada (fl. 606), mas não se manifestou nos autos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com as considerações de fls. 886/897, reiterou o pedido de procedência da ação.

É o relatório.

1 - CRIAÇÃO DE CARGOS EFETIVOS SEM



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

DESCRIÇÃO DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES.

Na lição de Marçal Justen Filho, “a criação e disciplina do cargo público fazem-se necessariamente por lei no sentido de que **a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável**. Isso significa estabelecer o **núcleo das competências**, dos **poderes**, dos **deveres**, dos **direitos**, do **modo de investidura** e das **condições de exercício das atividades**. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que 'fica criado o cargo de servidor público'. **Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa**, determinando as regras que dão identidade e **diferenciam a referida posição jurídica**” (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 581).

Nessa linha, o artigo 3º da Lei n. 8.112/1990, também dispõe que “cargo público é o **conjunto de atribuições e responsabilidades** previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello define o cargo público como “**unidades de competência a serem expressadas por um agente**” (Curso de Direito Administrativo, 21 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 241/242).

Assim, considerando que o “**conjunto de atribuições e responsabilidades**” (Lei 8.112/1990) ou “**núcleo de competência**” (Marçal Justen Filho) ou “**unidades de competência**” (Celso Antonio Bandeira de Mello) são inerentes à própria definição do cargo público, não teria sentido (e não atenderia o princípio da legalidade) criar esse tipo de ocupação **sem descrição das respectivas atribuições**, por se tratar de requisito indispensável, por exemplo, para fixação (objetiva) de **direitos e deveres do servidor**, para **evitar desvio de função**, para **permitir análise sobre readaptações ou transposições de cargos** e para possibilitar a análise de **correlação entre as competências do cargo efetivo e as atribuições adicionais** de eventual função de confiança.

E a descrição das atribuições deve constar, necessariamente, do texto da lei, **e não de decreto do Executivo**, pois conforme entendimento consolidado perante o Supremo Tribunal Federal **é inconstitucional a delegação de competência ao Chefe do Poder Executivo para dispor (por decreto) sobre atribuições de cargos públicos, o que implicaria burla ao princípio da reserva legal para criação desses cargos** (ADI nº 4125/TO, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10/06/2010), **daí o acolhimento da alegação de inconstitucionalidade**.

2 - NECESSIDADE DE MODULAÇÃO.

É importante considerar, entretanto, que a Lei n. 2.625, de 23 de setembro de 1997, do Município de Matão, está em vigor (e vem sendo aplicada), com presunção de validade, **há quase de 25 anos**; (b) que os ocupantes dos **cargos criados** são todos **concursados**, o que pressupõe que cumpriram os requisitos da lei e do edital; (c) que cada nomeação, efetuada com base na norma impugnada, **despertou no servidor uma sinalização de que o ato era válido**, e que estava em harmonia com o ordenamento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

jurídico daí a necessidade de **proteção** dessa **justa expectativa** do cidadão (como decorrência do postulado da **confiança legítima**); (d) que a inconstitucionalidade, no caso, está sendo declarada por **vício formal** (referente à descrição das atribuições), ou seja, o defeito da norma impugnada **não propiciou burla ao concurso público** ou ao sistema de nomeações, nem caracterizou hipótese de ato ofensivo aos **princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa**; e (e) que a dispensa de mais de 3.500 servidores, **por erro legislativo** (ocorrido há quase 25 anos), **longe de atender o interesse público**, poderá gerar conflitos judiciais entre a administração e os servidores, ocasionando **“mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso de tempo”**.

Decorre daí a necessidade de atribuição de efeito “ex nunc” à declaração de inconstitucionalidade **para que sejam preservadas as nomeações já realizadas**, com base na teoria do **fato consumado** e nos princípios da **segurança jurídica, boa-fé objetiva e proteção da confiança legítima**.

Esse efeito “ex nunc”, evidentemente, não se confunde com a **modulação de 120 dias** que geralmente é concedida nas declarações de inconstitucionalidade de **cargos comissionados ilegítimos**. Aquela modulação temporal, em verdade, é aplicada somente para **possibilitar à Administração Municipal a reorganização de seu quadro de pessoal**, e não para garantir atendimento de **excepcional interesse social** em favor dos ocupantes dos cargos, o que, aliás, seria incompatível com a natureza do vício envolvendo **nomeações ilegítimas**, daí porque (em tais situações indicativas de ofensa à moralidade administrativa) realmente **não teria sentido preservar as nomeações já realizadas**.

No presente caso, entretanto, a situação é diferente, pois a modulação, **nos termos do artigo 27 da Lei n. 9.868/1999**, é o único meio disponível para **impedir que o erro do legislador** na descrição das atribuições dos cargos, ocorrido há quase 25 anos, **prejudique servidores de boa-fé** (aprovados em regular concurso público).

Em nosso sistema jurídico, essa possibilidade de preservação de atos ilegais ou inconstitucionais (mas que se solidificaram no tempo) também encontra respaldo na **teoria do fato consumado**, cujo principal fundamento (a segurança jurídica) tem inteira e adequada aplicação no caso destes autos, não **“por desamor ou menosprezo à lei, mas por ser impossível desconhecer o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, mas eivadas de infrações legais a seu tempo não percebidas ou decretadas”** (Miguel Reale, in “Revogação e Anulamento do Ato Administrativo”, Forense, 1968, p. 83).

Nessa linha, a teoria do fato consumado é orientada por **“soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida”** (Celso Antonio Bandeira de Mello, in “Curso de Direito Administrativo”, 9ª ed, Malheiros, p. 297/298).

Cabe ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça **“tem admitido a incidência da Teoria do Fato Consumado, como forma de**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

realizar justiça no caso concreto, à luz do princípio da segurança jurídica” (REsp 1444690/MS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 24/04/2014, RMS 31.152/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 25/02/2014; MS 15.471/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 02/08/2013; AgRg no REsp 1.205.434/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 27/08/2012; RMS 38.699/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/09/2013).

A orientação daquela Corte é de que **“aplica-se a teoria do fato consumado nas hipóteses em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso de tempo...”** (AgRg no AREsp 460157/PI, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 236/03/2014) Vale dizer, **“a teoria do fato consumado apoia-se na evidência empírica de que o tempo não retrocede – pelo contrário, foge irreparavelmente – de sorte que é naturalmente impossível regressar-se a situações ultrapassadas para desconstituir relações que se consolidaram como fatos”** (AgRg no REsp 1291328/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09/05/2012).

Por exemplo, em um caso envolvendo funcionários da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, que haviam sido nomeados irregularmente há mais de quinze anos, o Superior Tribunal de Justiça, deu provimento a Recurso Ordinário **“para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem suas aposentadorias”** (RMS nº 25.652, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/09/2008).

Esse entendimento foi adotado em razão de situação de **extrema excepcionalidade**, uma vez que outra solução poderia acarretar danos sociais ainda mais graves⁴.

O Supremo Tribunal Federal também **possui orientação semelhante**, e tem decidido que em **situações excepcionais**, por **motivos éticos e sociais**, é preciso harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional **“com a exigência**

⁴ Eis a fundamentação do voto do Relator: “9. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre a anulação do ato será a melhor solução; realmente, em face da dinâmica das relações jurídicas e sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular, ainda que tal irregularidade se eleve ao nível de nulidade. 10. O Poder da Administração, dest’arte, não é absoluto nessa seara, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal ou nulo claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração. 11. No caso dos autos, vê-se que o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba determinou a exoneração de 12 servidores do quadro efetivo da Assembleia Legislativa do Estado, alegando vício no provimento ocorrido em 1989, há cerca de 20 anos, portanto. 12. O ato que efetivou os recorrentes no serviço público sem o preenchimento da condição de aprovação em concurso público é indubitavelmente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando seus efeitos ‘ex ope temporis’; máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos, então, aprovados pela Corte de Contas Paraibana. 13. Penso que é importante frisar mais uma vez, que a Administração Pública quedou-se inerte, por duas décadas, quando à alegada ilegalidade nas investidas dos recorrentes, pelo que se formou em relação a eles (os recorrentes) o direito subjetivo de não serem acionados em razão daquelas investidas e, em relação à Administração, ocorreu a perda do direito de desfazer aqueles mesmos atos. 14. Apresso-me em dizer que o vício que contamina as investidas dos recorrentes é o da inconstitucionalidade e, à primeira vista, se poderia afirmar, que esse vício seria absolutamente invalável; ora, o vício de ser inconstitucional é apenas uma forma qualificada de ser hostil à ordem jurídica e a convalidação não vai decorrer da repetição do ato (o que seria juridicamente impossível), mas sim do reconhecimento dos efeitos consolidadores que o tempo acumulou em favor dos recorrentes. 15. Portanto, ao meu sentir, com o devido respeito aos que pensam diversamente, **cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apoia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou o desacerto de uma solução jurídica**; neste caso, não há notícia nos autos de que os nomeados (ora recorrentes) tenha de válido de ardis ou logros para obterem os seus cargos e, embora essa circunstância não justifique o comportamento administrativo ilegal, não pode ser ignorada no equacionamento da solução da causa”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de preservação de outros preceitos, como a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva” (ADI/ED 6769), inclusive para que a própria decisão judicial não incorra em violação **ao princípio da unidade da Constituição** (ao proteger apenas uma das garantias).

Conforme lição de Luís Roberto Barroso, “a ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, **deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas**, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, **sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição**” (“Temas de Direito Constitucional”, pp. 65-8).

Em razão de tal entendimento, é perfeitamente possível **preservar a situação dos servidores já nomeados**, mesmo diante da declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, para evitar que a **exclusão de uma situação de inconstitucionalidade** (no caso a descrição das atribuições em decreto quando o correto seria em lei formal) **“propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional”** (ADI 4029) ou até **“maior do que aquela declarada na ação direta”** (ADI/ED 2797).

Solução semelhante, aliás, já foi adotada por este C. Órgão Especial para **preservar complementações de aposentadoria e pensões** concedidas com base em lei (inconstitucional) vigente **há mais de vinte anos**⁵, bem como **para preservar vantagens pecuniárias incorporadas** com base em leis (declaradas inconstitucionais) vigentes **há mais de 45 anos** (ADIN/ED n. 2005620-27.2021.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 09/03/2022), e **há mais de 30 anos** (ADIN n. 2173309-96.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 16/03/2022)

Trata-se de posicionamento alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que:

I – “os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, **mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico**, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES), em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, **para que se preservem, desse modo, situações administrativas já consolidadas no passado, ainda mais quando fundadas em lei**” (Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 35.594, Rel. Min. Celso de Melo, DJe de 08/10/2020); e

II - “a essencialidade do postulado da segurança jurídica e a

⁵ Embargos de Declaração n. 0084460-66.2013.8.26.0000/50000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 20/08/2014;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, **representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio**” (RE n. 601.914/AgR)

Confira-se, sob esse aspecto, a jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal:

“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**” (ADI 2.797-ED, Rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, julgamento em 16.5. 2012, Plenário, DJE de 28.2.2013).

“1. **Verificadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos do que prescreve o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, cumpre ao Supremo Tribunal Federal harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação**, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, **de outros preceitos constitucionais, como a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva**. Atribuir eficácia retroativa ou plena à decisão implicaria danos irreversíveis a tais valores constitucionais.

2. A **confiança justificada e a segurança jurídica dos atos praticados** para a movimentação na carreira da magistratura do Estado do Paraná impõem a incidência do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 **para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a assegurar a perfectibilidade dos atos praticados até a data da publicação da ata do julgamento do mérito da presente ação direta**. Precedentes judiciais formados pelo Plenário desta Corte. 3. Embargos de declaração acolhidos para fins de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade” (Embargos de Declaração na ADI n. 6.769/PR, Plenário, Rel. Ministra Rosa Weber, j. 23/05/2022)”⁶.

No mesmo sentido:

ADI 6453/RO, Rel. Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 14/02/2022 (**preservando a validade de emendas constitucionais aprovadas com base em norma considerada inconstitucional no**

⁶ Essa ADI versou sobre a Lei n. 14.277, de 30 de dezembro de 2003, do Estado do Paraná, que dispôs sobre **promoção por antiguidade na magistratura**. A ação foi julgada procedente por **vício formal**, diante do reconhecimento de **usurpação da competência do STF para dispor sobre o estatuto da magistratura** (artigo 93, caput, da Constituição Federal), e **por vício material**, diante da violação do princípio da isonomia. O julgado, entretanto, acolhendo embargos de declaração, **considerou o tempo de vigência da lei**, e preservou a movimentação na carreira da magistratura do Estado do Paraná, efetuada com base na lei impugnada, para evitar **situação de insegurança jurídica e quebra da confiança legítima de todos os magistrados envolvidos**”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Estado de Rondônia⁷;

ADI 4758/PB, Rel. Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 06/03/2020 (**preservando a validade dos atos praticados por magistrados promovidos ou removidos com base em lei declarada inconstitucional**);

ADI 6515/AM, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 23/08/2021 (**preservando a validade de prerrogativa de foro até então concedida aos membros da Procuradoria e da Defensoria Pública do Estado do Amazonas com base em norma declarada inconstitucional⁸**);

ADI 3150/ED, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 20/04/2020 (**preservando a validade das execuções de penas de multa criminal até então ajuizadas pela Procuradoria da Fazenda Pública com base em lei declarada inconstitucional**);

ADI 6842/PI, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 21/06/2021 (**preservando a validade do foro especial até então reconhecida em favor de Vice-Prefeitos e Vereadores no Estado do Piauí com base na norma declarada inconstitucional**);

ADI 6074/RR, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 21/12/2020 (**preservando isenções de IPVA até então concedidas pelo Estado de Roraima, com base em lei considerada inconstitucional**);

ADI 3111/ED, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 22/05/2020 (**preservando a validade de destinações de receitas oriundas de custas judiciais para pessoas jurídicas de direito privado até então efetuadas com base em lei declarada inconstitucional**);

ADI 2663/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 08/03/2017 (**preservando a validade de benefícios fiscais até então concedidos no Estado do Rio Grande do Sul com base em lei declarada inconstitucional**);

ADI 4481/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 11/03/2015 (**preservando a validade de benefícios fiscais até então concedidos pelo Estado do Paraná com base em lei considerada**

⁷ “Aplicação da técnica decisória da modulação dos efeitos como fórmula necessária para a tutela da segurança jurídica e do interesse social, considerados os efeitos da vigência, **por mais de trinta anos**, da regra constitucional invalidada. Mais de 130 emendas à constituição estadual promulgadas em desconformidade com a Constituição Federal, cujos efeitos jurídicos devem ser protegidos”.

⁸ “...entendo que razões de segurança jurídica recomendam que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos ex nunc.

Concordo com a ponderação tecida pelo Min. Alexandre de Moraes, Relator da ADI 6.518, que votou no sentido de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma da Constituição do Estado do Acre que concedia foro por prerrogativa de função aos Defensores Públicos. Nos termos de seu voto, “tendo em vista que a norma impugnada **subsiste há aproximadamente quinze anos**, razões de segurança jurídica impõem o resguardo de situações consolidadas, razão pela qual proponho, com base no art. 27 da Lei 9.868/1999, sejam conferidos efeitos ex nunc à declaração de sua inconstitucionalidade”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

inconstitucional⁹).

ADI 3609/ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 14/06/2021, j. 14/06/2021 (**preservando a situação dos servidores aposentados ou que já preencheram os requisitos para aposentadoria, com base na lei inconstitucional, até a data do julgamento**).

ADI 4876, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 01/07/2014 (**preservando a situação dos servidores aposentados ou que já preencheram os requisitos para aposentadoria, com base na lei inconstitucional, até a data do julgamento**).

3 - Ante o exposto, **julgo procedente a ação** para declarar a inconstitucionalidade das expressões e dispositivos impugnados (pelo reconhecimento de vício formal), todavia **com efeito ex nunc** e **preservação da situação dos servidores já nomeados** até a data do presente julgamento.

FERREIRA RODRIGUES
 Relator Designado

⁹ “A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica”.