



sociedade
brasileira
de direito
público

**O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de
suas decisões: a modulação de efeitos em vista do
princípio da nulidade dos atos normativos
inconstitucionais**

Monografia apresentada à
Sociedade Brasileira de Direito
Público – SBDP como requisito
para a conclusão da Escola de
Formação/2008

Autor: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira

Orientador: Conrado Hübner Mendes

São Paulo

2008

SUMÁRIO

1) Introdução

- 1.1 Apresentação do tema e do objeto de pesquisa.....3
- 1.2 Formulação do problema de pesquisa.....6
- 1.3 Primeiro desafio: o que se entende por modulação de efeitos no âmbito dessa pesquisa?.....8

2) Considerações metodológicas.....10

- 2.1 Coleta do material – a elaboração de um filtro de pesquisa.....10
- 2.2 Proposta metodológica para análise dos acórdãos.....17

3) Modulação de efeitos na jurisprudência do STF.....21

- 3.1 O STF e a eficácia temporal de suas decisões: o princípio da nulidade das leis inconstitucionais.....21
- 3.2 A exceção prevista do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99.....25
- 3.2.1 Aspectos formais do expediente.....28
- 3.2.2 Pressupostos materiais da modulação.....32
- a) Casos em que os efeitos da decisão foram modulados.....32
- b) Casos em que a modulação foi rejeitada pela Corte.....48
- 3.2.3 Os resultados da modulação: imposição constitucional ou política judiciária?.....51
- 3.3 A modulação e seu fundamento constitucional: conclusão parcial.....55

4) As decisões do STF anteriores à previsão legal e a limitação dos efeitos retroativos.....58

5) Conclusões finais.....62

6) Bibliografia consultada.....66

1. Introdução

1.1 Apresentação do tema e do objeto de análise

Resultado do exercício da atividade judicante atribuída ao poder estatal, a sentença judicial pode ser analisada sob diversos ângulos. Um dos enfoques se concentra nos efeitos e no alcance dessa decisão para os jurisdicionados. Assim é o debate em torno da eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em controle de constitucionalidade do ponto de vista, por exemplo, de seus destinatários. Nesse caso, a discussão gira em torno do caráter *erga omnes* ou *inter partes* da decisão que julga inconstitucional determinado ato normativo.¹

A questão da eficácia das decisões em controle de constitucionalidade não se esgota, contudo, no debate sobre seus destinatários. Os efeitos dos julgados do STF também podem ser estudados com foco em sua dimensão temporal, ou seja, com relação ao período de abrangência.² No presente trabalho, proponho analisar a jurisprudência do STF a partir dessa última perspectiva, quer dizer, da distribuição dos efeitos de suas decisões no tempo, que encontra raízes no debate iniciado no século XIX sobre a eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* da decisão que julga inconstitucional um ato normativo.

O objeto de pesquisa desta monografia é a *modulação de efeitos* das decisões do Supremo proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Trata-se, em linhas gerais, da possibilidade prevista no artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, de o tribunal limitar a produção dos efeitos de uma decisão com relação a seu aspecto temporal, determinando que possua eficácia tão-somente prospectiva (*pro*

¹ Esse tema tem sido objeto de acalorado debate travado recentemente naquela corte (Rcl 4.335/AC, Rel. Gilmar Mendes, para o qual ainda não há decisão definitiva), no qual se discute a atualidade ou não do artigo 52, inciso X da Constituição Federal, que atribui ao Senado a função de retirar, em âmbito nacional, a aplicabilidade de normas declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. Em princípio, essa decisão teria efeitos somente em relação ao caso concreto. Utilizo a expressão “atualidade ou não”, pois a linha argumentativa seguida por alguns ministros em seus votos tem por base a idéia de *mudança constitucional*, técnica decisória que se caracterizaria pela alteração do sentido do referido dispositivo constitucional, sem que haja, contudo, uma mudança formal no texto. Caso adote esse entendimento, a corte romperá, em termos práticos, com as teses que propõem a distinção rígida entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade com base, exclusivamente, nos efeitos produzidos por cada uma dessas modalidades.

² A adjudicação constitui, via de regra, o exercício de uma competência sobre eventos que, de modo preponderante, se deram no passado. No entanto, não se pode desconsiderar a relação do tempo para com a segurança das relações jurídicas já consolidadas, cujos efeitos já se exauriram, ou que ainda se encontram em formação.

futuro, na expressão de alguns ministros) ou a partir de certo marco temporal (seja no passado, ou no presente). Além das exigências quanto ao quórum mínimo e ao órgão legitimado para modular a decisão, a lei também estabelece os requisitos materiais para que a corte opte pela mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que, a princípio, seriam retroativos: a existência de um *relevante interesse social*; ou que a decisão represente um sério risco para a *segurança jurídica* das relações constituídas sob a égide da lei viciada.³

É possível dizer que a escolha da modulação de efeitos como objeto de estudo tem duas razões fundamentais: a primeira delas é o fato de haver transcorrido tempo considerável desde a edição da lei que a prevê, o que ensejaria uma espécie de *balanço geral*. No ano de 2008, o STF completa um ciclo de reformas estruturais, marcado por uma série de inovações normativas que, na visão de alguns, foram responsáveis por mudar sensivelmente o perfil de nossa jurisdição constitucional.⁴ A Lei n.º 9.868/99, também conhecida como Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), é freqüentemente apontada por especialistas como marco legal que inaugurou esse ciclo de mudanças.⁵

O segundo motivo guarda relação com alguns questionamentos provocados por diversas declarações feitas pelo Min. Gilmar Mendes. De acordo com ele, a não-aplicação do princípio da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade “não se há de basear em consideração de *política judiciária*, mas em fundamento constitucional próprio”.⁶ Segundo esse raciocínio, que também é endossado por alguns autores, a modulação de efeito constituir-se-ia em uma *imposição constitucional*, um imperativo de proteção de outros valores igualmente tutelados pela carta magna, e que poderia ser obtido por meio de um “rigoroso

³ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

⁴ Em entrevista concedida à jornalista Cristine Prestes, publicada no jornal *Valor Econômico*, edição de 18 de outubro de 2007, o Ministro Gilmar Mendes emprega as expressões “processo de reengenharia institucional do Poder Judiciário” e “revolução silenciosa”, para se referir a este período.

⁵ Cf., dentre outros, Elival da Silva Ramos, “Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil”, Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento no cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005, pp. 268 e ss.

⁶ AI 582.280/RJ, p. 32 (sem grifos no original).

juízo de proporcionalidade”.⁷ A pergunta que se coloca, e que será melhor desenvolvida a seguir, é se, de fato, a corte trata a modulação de efeitos como uma *imposição constitucional*, o que, segundo alguns ministros, implicaria que ela não age arbitrariamente ao limitar os efeitos de suas decisões, quer dizer, sua atuação seria livre de juízos comprometidos com política judiciária.⁸

A relevância de averiguar os possíveis efeitos das decisões do STF em controle de constitucionalidade significa determinar, em última análise, qual a real extensão de seu poder decisório, no desempenho da função que lhe é atribuída de guardião da constituição. Nesse sentido, é essencial compreender o *modo* com que a corte faz uso dessas prerrogativas, bem como a dimensão que os ministros atribuem à questão dos freios e limites que procuram impor à sua própria atuação. Além disso, também é necessário desmistificar algumas idéias preconcebidas, segundo as quais a lei de 1999 resultou na ampliação, de forma inédita, dos poderes do STF. O uso irrefletido dessa afirmação deverá ser questionado na presente pesquisa.

Por fim, é preciso lembrar que a própria Lei n.º 9.868/99 possui diversos elementos contestados face à Constituição Federal – dentre eles, o próprio artigo 27.⁹ Muito embora sua constitucionalidade seja objeto de questionamento, o que se verá a seguir é que o STF vem aplicando o referido dispositivo de maneira recorrente, inclusive em que pese os seus requisitos de quórum. Tal como a corte vem tratando a questão, a presente pesquisa também adota a premissa de que a lei seria, à primeira vista, compatível com a constituição. Dessa forma, não procurarei fazer quaisquer considerações a respeito da constitucionalidade ou não dessa lei ordinária, que autoriza o STF a limitar os efeitos de sua decisão. Por ora, me dou por convencido pelos argumentos de que a lei regulamentaria o procedimento para o exercício de uma prerrogativa ou imposição – conforme for

⁷ Cf. Daniel Sarmiento, “Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis – o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses”, *RDA* 212 (1998), pp. 36 e ss.; Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1999, pp. 732 e s.

⁸ Outros ministros do STF também sustentam que a modulação de efeitos não consiste em decisão discricionária. Cf., por exemplo, o voto do Min. Carlos Velloso, no RE 442.683/RS, Rel. Carlos Velloso, DJ de 24.03.2006; do Min. Carlos Britto, na ADI 3.819/MG, Rel. Eros Grau, DJe de 28.03.2008; e da Min. Ellen Gracie, no HC 82.959/SP, Rel. Marco Aurélio, DJ de 01.09.2006.

⁹ Trata-se da ADI 2.231/DF, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, cujo relator é o Ministro Néri da Silveira, mas que ainda encontra-se pendente de julgamento. Por meio de rápida busca (data: 20/10/2008) no banco de processos ainda em tramitação, no sítio do Supremo, pode-se verificar que o único a preferir voto na medida cautelar requerida pela OAB para suspender a aplicação do artigo 27, foi o relator. O ministro não considerou haver proibição constitucional a que o legislador ordinário autorize o STF a restringir as suas decisões por razões de segurança jurídica.

o entendimento –, que decorreria da própria sistemática adotada pela constituição para o controle de constitucionalidade, ou, ainda, que o silêncio desta sobre o assunto autorizaria o legislador a dispor sobre o tema.¹⁰

1.2 Problema de pesquisa

Em geral, o intuito de toda pesquisa científica é obter uma solução para um dado problema previamente formulado. Dessa forma, a probabilidade de sucesso de um trabalho acadêmico a ser desenvolvido depende, invariavelmente, do rigor e da clareza com que o investigador formula e delimita seu problema de pesquisa. Normalmente, o problema pode ser sintetizado em uma ou mais perguntas.

A proposta inicial para a análise que pretendo fazer da modulação de efeitos na jurisprudência do STF se divide em duas partes. Nesse sentido, elaborarei dois diferentes conjuntos de questões que procurei expor neste tópico, cuja finalidade é servir de referencial para cada uma das etapas da investigação, permitindo que se extraiam conclusões a respeito de alguns aspectos do tema que julguei – auxiliado por conversas com o orientador – mais relevantes e pertinentes para serem discutidos no âmbito desta pesquisa.

A possibilidade de modular os efeitos de uma decisão não está livre de óbices, tanto no plano teórico, como no prático. Em primeiro lugar, porque aceitá-la implica contrariar, de forma direta, o tradicional posicionamento, reiterado pelo STF em uma série de precedentes, segundo o qual o ato normativo declarado inconstitucional deveria ser considerado inválido ou inexistente, quer dizer, como se nunca houvesse ingressado no ordenamento jurídico.¹¹ De certa forma, a relativização desse entendimento impõe ao tribunal, do ponto de vista lógico, um *ônus argumentativo*. Dito de outra forma, o peso que esses precedentes representam no desempenho decisório deve, por uma questão de coerência, ser enfrentado na fundamentação do acórdão, caso o STF opte pela aplicação da modulação temporal dos efeitos.

Ao analisar as decisões, constatei a alta freqüência com que a corte recorre ao argumento de que, no momento em que modula os efeitos de sua decisão, ela

¹⁰ Nesse sentido, cf. o voto do ministro Gilmar Mendes no [HC 82.959/SP](#), p. 114.

¹¹ Cf. [RE 93.356](#), Rel. Leitão de Abreu, RTJ 97/1.369 e [Rp 1.077](#), Rel. Moreira Alves, RTJ 101/503. Nesses casos, pode-se concluir que o STF revelou o entendimento de que a decisão sobre inconstitucionalidade é declaratória (e não constitutiva), ou seja, possui eficácia *ex tunc*, ao invés de *ex nunc*.

não estaria fazendo um juízo de conveniência, no sentido de política judiciária. De modo contrário, os ministros defendem que sua conduta consistiria em verdadeira *imposição constitucional*, já que nossa “lei fundamental” também tutela outros valores além do princípio da nulidade das normas inconstitucionais.¹²

De maneira resumida, a primeira parte da análise visa a responder à dúvida acerca dos efeitos que essa premissa pode ter com relação à argumentação do tribunal como um todo. Dito de outra forma, ao recusar o rótulo de que estaria fazendo *política judiciária*, no sentido acima exposto, o STF afirma que sua decisão não é discricionária, mas, sim, que tem por base o reconhecimento de uma imposição constitucional, a ser extraída da ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Com isso, o tribunal gera expectativas relativamente à *fundamentação* da modulação e aos seus *resultados práticos*, quer dizer, ao grau de objetividade da própria decisão que culmina com a aplicação da modulação. Assim, a questão que se coloca é se o Supremo logra sucesso, ou seja, consegue, de fato, corresponder às expectativas geradas pela adoção dessa postura.

Dessa forma, procurei formular as seguintes perguntas: (a) o tribunal já se manifestou sobre a questão dos pressupostos materiais previstos pela lei, procurando conceituar as expressões *segurança jurídica* e *relevante interesse social* nela contidas? (b) Os dois termos são tratados como categorias distintas, ou podem ser confundidos? (c) O STF busca trabalhar esses requisitos de forma sistemática, ou os emprega de acordo com um juízo de mera conveniência, sem adotar qualquer padrão decisório? (d) Como se constroem os argumentos a favor e contra a modulação? (e) O tribunal justifica os limites que impõe à modulação de efeitos em um caso concreto? Como?

Conforme será explicado no segundo capítulo, acredito que a elucidação dessas dúvidas demandará a análise de, basicamente, dois aspectos específicos da questão: os *requisitos* necessários e a *forma* que o tribunal limita os efeitos de sua decisão que, em princípio, deveria se pautar pelo postulado da nulidade das leis declaradas inconstitucionais.

¹² Cf., principalmente, os votos do ministro Gilmar Mendes, nos quais o argumento se encontra melhor sintetizado: ADI 3.819/MG, p. 89; ADI 2.240/BA, p. 35.

Além disso, resta problemático se a limitação dos efeitos da decisão constituiria apenas uma realidade recente, que somente veio a ser viabilizada com o advento da referida lei. Há quem acredite que, de maneira resumida, a modulação de efeitos representaria uma inovação institucional importante, que resultaria na ampliação, de forma significativa, do poder decisório da corte.¹³

De modo contrário, procurei trabalhar, na presente pesquisa, com uma hipótese prévia, segundo a qual essa técnica decisória¹⁴ faz parte da realidade da corte desde longa data. Em outras palavras, acredita-se que o STF nunca viu problemas ao modular os efeitos de suas decisões, sendo que não precisou de lei ordinária que o autorizasse a fazê-lo. Assim, espero averiguar em que medida a modulação de efeitos de fato constitui, em termos práticos, uma figura nova para a jurisdição constitucional brasileira.

Em vista dessas observações, o intuito da segunda parte do trabalho é tentar obter respostas às seguintes indagações: a limitação temporal dos efeitos é algo inédito na história do STF, mesmo se se toma como parâmetro somente o período pós-constituição de 1988?¹⁵ Caso não seja (hipótese preliminar), que diferenças podem ser percebidas na argumentação delineada anteriormente, em comparação com a linha atualmente adotada pela corte? Que tipos de exigências e *self-restraints*¹⁶ o tribunal procura impor a si mesmo para negar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, evitando eventuais abusos?

1.3 Primeiro desafio: o que se entende por modulação de efeitos no âmbito desta pesquisa?

¹³ Cf., por exemplo, Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 196; Américo Bedê Freire Júnior, "A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária", *Revista Dialética de Direito Tributário* 56 (2000), p. 22. Além disso, cf. as ponderações do Min. Sepúlveda Pertence no [HC 82.959/SP](#), pp. 208 e s.

¹⁴ Independentemente da posição que se adote com relação à modulação de efeitos, tomo como premissa de análise que a limitação de efeitos consiste, de forma genérica, em uma técnica decisória, empregada pelo tribunal quando este julga estarem presentes determinados pressupostos. Faço uso, aqui, dessa expressão simplesmente por uma questão de uniformização da terminologia desta monografia com os acórdãos analisados. Sua real conotação, contudo, será discutida mais a frente.

¹⁵ Com "inédito", me refiro às decisões anteriores ao [RE 197.917/SP](#), julgado 06/06/2002, que na visão dos ministros, constitui a primeira vez em que a modulação de efeitos foi formalmente adotada pela corte. Veja nota 22, *infra*.

¹⁶ Trata-se de expressão comumente empregada pelo constitucionalismo norte-americano para se referir aos limites que sua Suprema Corte impõe a ela própria, no âmbito do exercício da jurisdição de natureza constitucional. Ao fazê-lo, a corte norte-americana se vale de duas idéias-base: a separação de poderes e o princípio republicano. Cf. Alexander Mordecai Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 2. ed., New Haven: Yale University, 1986, p. 53.

Não faria muito sentido definir, neste momento, o que entendo por modulação de efeitos, uma vez que essa resposta perpassa, em certa medida, uma das questões centrais que pretendo investigar neste trabalho. Além disso, não disponho de dados concretos suficientes para arriscar uma definição para essa figura (se é que ela é possível). No entanto, essas ressalvas não têm o condão de afastar a necessidade de se fixar alguns contornos gerais da *modulação*, muito embora somente para efeitos de levantamento de acórdãos e seleção do material de análise,

A escolha de parâmetros mínimos de trabalho tem a finalidade de viabilizar a seleção dos julgados que deverão ser objeto de análise. Todavia, essa questão deve ser tratada com o devido cuidado, uma vez que o intuito é ser o mais isento possível, sob pena de deixar de fora casos cuja análise seria em grande medida pertinente para o presente estudo, bem como correr o risco de ser acusado por conta de eventuais incompletudes na pesquisa.

Tendo em mente essa preocupação, optei pela solução mais simples e menos controversa: delimito a noção de modulação de efeitos de modo a considerá-la presente (seja de fato aplicada, ou meramente discutida) nos casos em que houvesse alguma menção ao artigo 27 da Lei n.º 9.868/99. Na prática, a modulação significa estabelecer uma data a partir da qual a decisão do Supremo surtirá efeitos, evitando um possível *caos jurídico-institucional* – na expressão de alguns ministros – que uma declaração de inconstitucionalidade ou mudança de jurisprudência poderiam vir a causar.¹⁷

Esse critério, no entanto, teve de ser posteriormente flexibilizado com o intuito de selecionar julgados anteriores ao advento da previsão legal de modulação de efeitos, uma vez que, obviamente, não haveria, nesses casos, menção à lei posteriormente promulgada. Para isso, considerei haver modulação de efeitos naquelas decisões em que o postulado da nulidade das leis inconstitucionais tivesse sua incidência de alguma forma atenuada pela corte, seja ressaltando determinadas situações, seja atribuindo à decisão eficácia *ex nunc*. Em outras palavras, procurei me orientar por casos em que houvesse ressalvas à retroatividade da decisão final sobre inconstitucionalidade. Isso, no entanto, será melhor explicado nos capítulos subseqüentes.

¹⁷ Cf. [ADI 3.819/MG](#), p. 61; e [RE 559.943/RS](#), p. 62.

2. Considerações metodológicas

O material objeto de análise se restringe às decisões colhidas no repertório de jurisprudência do STF, disponibilizadas para consulta em seu sítio na *internet* (www.stf.gov.br). A escolha de um tema predominantemente teórico impossibilitou a busca de outros elementos empíricos que, de alguma forma, pudessem enriquecer este trabalho.¹⁸ O que procurei fazer a seguir é um relato das questões metodológicas suscitadas, tentando reproduzi-las na ordem em que elas foram emergindo com o avanço da pesquisa, de modo que possam fazer maior sentido ao leitor. Igualmente, será apresentada também uma justificativa para cada escolha feita, na medida em que esta se mostre necessária.

Cumpre lembrar que o presente trabalho será dividido em duas partes, conforme já foi adiantado anteriormente. Na primeira etapa, busco investigar as repercussões da idéia segundo a qual a modulação dos efeitos constituir-se-ia em uma *imposição constitucional*, resultado de um “rigoroso juízo de proporcionalidade”.¹⁹ Dessa forma, pretendo estudar os efeitos dessa premissa sobre a argumentação dos ministros, bem como os resultados finais alcançados com a modulação, ou seja, a forma com que a decisão final da corte, nos casos analisados, teve seus limites temporais fixados.

A segunda parte do trabalho envolve uma análise mais ampla da questão, no sentido de verificar as reais repercussões dessa alteração legislativa para a corte. Em outras palavras, procurarei verificar em que medida o advento da lei que prevê de maneira expressa a modulação de efeitos pode ser considerado inovador tanto do ponto de vista *histórico* e quanto de uma *perspectiva formal*.

2.1 Coleta de material – a elaboração de um filtro de pesquisa

Uma vez que se trata de trabalho com foco exclusivo na análise jurisprudencial de uma corte constitucional, é necessário explicitar de que maneira cheguei a um número de decisões que julgo serem, à primeira vista, representativas da posição do STF em matéria de modulação de efeitos. Conforme dito acima, para selecionar julgados que compusessem o quadro jurisprudencial que se forma em

¹⁸ Maiores considerações a respeito serão realizadas no item 2.2, *infra*.

¹⁹ Em praticamente todos os casos analisados, esse tipo de argumento pode ser encontrado em alguns dos votos, principalmente, nos do Min. Gilmar Mendes. Cf., por exemplo, ADI-ED 2.728/AM, p. 9 e ss.; e MS 26.604/DE, pp. 307 e s.

torno dessa temática, foi utilizada a ferramenta de busca disponível na página oficial do Supremo na *internet*.

A preocupação inicial foi a de procurar abordar tanto os casos em que a corte, de fato, decidiu pela modulação de efeitos – o que resta um pouco controverso, como será visto –, quanto aqueles em que houve debate na corte sobre a questão, mas sem limitação dos efeitos na decisão final.

Nos itens seguintes, discorro sobre os três tipos de decisões coletadas – nas quais houve, de fato, a modulação dos efeitos nos termos da lei; acórdãos em que a questão foi discutida, mas a corte não optou pela a modulação; e decisões anteriores ao advento da própria lei, que podem ser consideradas, dentro de certos parâmetros comparativos²⁰, como casos em que houve limitação dos efeitos *ex tunc* da decisão judicial –, bem como a forma com que serão utilizados no presente trabalho.

2.1.1 Decisões em que houve modulação de efeitos

O primeiro passo foi identificar todos os casos em que a corte decidiu expressamente aplicar o artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, inclusive no que diz respeito à exigência de quórum mínimo. Por essa razão, cumpre ressaltar que foram excluídas da análise as decisões não proferidas pelo órgão deliberativo principal (o plenário), mas que se deram em uma das duas turmas do tribunal.²¹

Desse modo, na seção “Jurisprudência → Pesquisa de Jurisprudência”, busquei decisões a partir da inserção dos termos “modulação adj3 efeitos”²², “efeitos *pro futuro* declaração”²³, “modulação adj3 efeitos não inaplica\$”²⁴, “segurança

²⁰ Que serão expostos de modo mais detalhado no capítulo 4.

²¹ Por mais paradoxal que possa parecer, uma vez que as turmas não são órgãos autorizados pelo Regimento Interno a julgar inconstitucionalidade de ato normativo (art. 11, incs. I e II), uma pesquisa na seção de “Jurisprudência – Informativos” da página do STF na *internet* revelou que a Segunda Turma aplicou, em caso concreto, a modulação dos efeitos da decisão sobre inconstitucionalidade proferida na ADI 837/DF, Rel. Moreira Alves, DJ de 25.06.1999. Cf. RE 442.683/RS, Rel. Carlos Velloso, DJ de 24.03.2006. O voto do ministro Gilmar Mendes justifica o controle em vista da distinção entre nulidade da lei e a repercussão dessa nulidade sobre os atos concretos, como dois aspectos diferentes da questão que poderiam ser examinados de modo apartado e por órgãos diferentes do tribunal. Cf. p. 22.

²² Que resultou em 60 decisões, sendo que em 02 houve modulação dos efeitos (ADI 3.660/MS, Rel. Gilmar Mendes, DJe de 09.05.2008; e RE 197.917/SP, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 07.05.2004). A maioria dos demais acórdãos reproduz a decisão proferida no caso Mira Estrela (última delas), primeira vez em que os ministros tratam de maneira expressa da modulação de efeitos, aplicando-a nos termos do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99.

²³ Apenas duas decisões guardam relação com o tema da modulação dos efeitos: RE 559.943/RS, Rel. Cármen Lúcia, DJe de 26/09/2008; e ADI 3.819/MG, Rel. Eros Grau, DJe de 28.03.2008.

²⁴ Resultou em 29 decisões, que se repetiam em relação aos outros termos já pesquisados.

jurídica” e “relevante interesse social”.²⁵ Além disso, nos próprios acórdãos encontrados, foi possível identificar outros casos em que o STF decidiu pela modulação dos efeitos, seja no controle difuso, seja no concentrado.²⁶

A primeira dificuldade foi identificar os julgados que tratassem do tema como previsto na lei de 1999. Com efeito, nas ementas de alguns dos acórdãos levantados, não havia menção à expressão “modulação de efeitos”, nem ao artigo 27 da Lei n.º 9.868/99. Nesses casos, a estratégia adotada para verificar se haveria ou não modulação nos termos do artigo 27 consistiu no emprego de dois critérios: mediante a leitura dos votos, verifiquei se os ministros faziam alguma (a) *referência ao dispositivo legal*, bem como se haveria (b) *preocupação em observar o quórum mínimo exigido*, o que, a meu ver, evidenciaria o fato de que os ministros haviam considerado a lei da ADI para atribuir efeitos limitados à sua decisão.²⁷

Tendo em vista que o tema desta monografia é a modulação de efeitos da decisão que julga inconstitucional um ato normativo, também ficaram de fora da análise as decisões meramente cautelares em sede de controle de constitucionalidade, mesmo que ratificadas pelo plenário da corte.²⁸ Isso se justifica por, basicamente, dois motivos: nas questões envolvendo pedidos de natureza cautelar, (i) a discussão acerca da eficácia da decisão não possui o mesmo teor da que diz respeito ao pronunciamento final, haja vista que não se trata de juízo sobre a inconstitucionalidade do ato impugnado; ademais, (ii) o próprio tribunal tem por “tradicionalmente reconhecido” – na linha do disposto no artigo 11, § 1º da Lei n.º 9.868/99 – que gozaria de liberdade muito maior para determinar os efeitos que atribui à liminar, sempre em nome da prevenção da

²⁵ Que resultou em apenas uma decisão aproveitável: ADI 3.022/RS, Rel. Joaquim Barbosa, DJ de 05.08.2004. Não será analisada a decisão da corte suscitada no Conflito de Competência - CC 7.204/MG, em que não houve controle de constitucionalidade (pelo menos, não em sentido estrito), mas, sim, apenas uma modificação da interpretação do artigo 114 da CF, relativo à competência do TRT. Como o resultado foi o deslocamento de competências da justiça comum para a justiça do trabalho, por razões de alegada política judiciária, foi decidido que restariam incólumes as decisões já proferidas pelo órgão tido como incompetente no momento posterior, devendo ser remetidos somente os processos que ainda se encontravam em tramitação.

²⁶ ADI 3.022/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18.08.2004; e ADI 3.458/GO, Rel. Eros Grau, DJe de 16.05.2008.

²⁷ Esse é o caso do HC 82.959/SP, Rel. Marco Aurélio, DJ de 01.09.2006; e do MS 26.604/DF, Rel. Cármen Lúcia, DJe de 03.10.2008.

²⁸ A ressalva, no entanto, comporta uma exceção no caso da MC 2.859/SP. Em primeiro lugar, porque a corte usa a liminar para modular os efeitos de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que declara inconstitucional lei do Município de São Paulo que dispunha sobre política urbana, dotando-a de eficácia *ex nunc*. Em segundo, pois a própria corte trata da questão como se estivesse proferindo decisão final, antecipando questões relativas ao mérito. Provavelmente, isso seja decorrência do caráter satisfativo da medida pleiteada.

ocorrência de grave e irreparável dano àqueles diretamente atingidos pelo ato normativo questionado.²⁹

Por fim, muitas dessas essas informações foram confirmadas mediante busca no portal oficial de notícias do STF, disponível em sua página na *internet*. Pesquisando os termos “Modulação de efeitos” e “Limitação adj3 efeitos” na seção “Jurisprudência → Informativos”, foi possível corrigir eventuais falhas do filtro de pesquisa descrito, ou seja, decisões que tratam do tema da modulação dos efeitos e que não haviam sido identificadas por meio da “pesquisa de jurisprudência”. Além disso, confirmou serem esses os únicos casos em que o tribunal efetivamente aplicou a modulação dos efeitos na forma prevista no artigo 27 da Lei n.º 9.868/99.³⁰

Os acórdãos encontrados, em que houve modulação dos efeitos, podem ser agrupados na seguinte tabela, na qual também estão especificados os temas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.819/MG	Defensoria Pública
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.660/MS	Custas Judiciais
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.022/RS	Servidores Públicos
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.458/GO	Depósitos Judiciais
HABEAS CORPUS 82.959/SP	Crimes Hediondos
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 197.917/SP	Número de Vereadores
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 559.943/RS	Contribuições Previdenciárias
MANDADO DE SEGURANÇA 26.604/DF	Fidelidade Partidária
MEDIDA CAUTELAR 2.859/SP	Operação Urbana Centro

Houve dúvida com relação à inclusão de duas decisões na noção preliminar sobre a modulação de efeitos que fixei no capítulo anterior. A primeira delas é o MS 26.604/DF, em que se discute o tema da fidelidade partidária. Ocorre que, ao final dos debates, surgiu questão relativa ao quórum deliberativo exigido para imprimir efeito *ex nunc* à decisão. Na visão de alguns ministros, não haveria necessidade de que dois terços do plenário concordassem, uma vez que não se trataria de controle de constitucionalidade, mas, sim, de mera evolução

²⁹ AI-AqR 314.481/MG, Rel. Sydney Sanches, DJ de 01.03.2002. Cf., por exemplo, ADI-MC 2.667/DF, Rel. Celso de Mello, DJ de 12.03.2004. O Art. 11, § 2º da referida lei dispõe: “(a) medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.”

³⁰ Há diversos casos mais recentes, em que foi aplicada a modulação de efeitos, tais como ADI 2.501-MC/MG. E casos em que foi rejeitada (RE 377.457/PR). No entanto, não há publicação de acórdãos, que pudessem servir de material para análise.

jurisprudencial da corte, sem norma a ser declarada nula. Todavia, como os argumentos utilizados nos votos são bastante interessantes de serem explorados, e, de algum modo, guardam relação com o tema da modulação, tive por bem incluí-lo na lista de decisões a serem analisadas.

Outra decisão que foi objeto de questionamento diz respeito a caso em que há declaração de inconstitucionalidade, mas a nulidade do ato impugnado não é pronunciada, por força da garantia de segurança jurídica.³¹ Por não ter sido considerado, pela corte, uma hipótese de modulação de efeitos de acordo com o que se pode depreender da leitura da ementa, o acórdão será analisado no capítulo 4, a fim de servir de base para a compreensão da técnica decisória utilizada, e em que medida ela se distinguiria (ou se aproximaria) da modulação de efeitos.

Além disso, cabe a ressalva de que não foram encontradas decisões em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Mesmo havendo previsão legal expressa – artigo 11, da Lei n.º 9.868/99 –, com conteúdo semelhante ao da lei de ADI, não se tem registro de que o tribunal tenha modulado os efeitos de suas decisões nesses casos.

2.1.2 Decisões nas quais a modulação foi discutida, mas não aplicada

Nas primeiras pesquisas no *site* do Supremo, verificou-se que em grande parte dos resultados obtidos não houve a aplicação da modulação dos efeitos. Todavia, algumas dessas decisões não foram descartadas. Trata-se dos casos em que a modulação de efeitos foi negada pelo plenário, mas que poderiam, no entanto, contribuir de alguma forma para a compreensão do posicionamento da corte acerca dos requisitos materiais exigidos pela lei, quais sejam, a *segurança jurídica* e um *relevante interesse social*.

Acredito ser razoável supor que o entendimento do tribunal sobre determinado instituto ou técnica decisória não pode se basear, exclusivamente, nas situações em que ele lança mão dela. Isso se explica, pois, sempre que aventar a possibilidade de limitar os efeitos de sua decisão, o tribunal deve, necessariamente, tratar dos pressupostos materiais da modulação. Seja para reconhecê-los, *in casu*, seja para julgá-los ausentes, a corte deverá ponderar

³¹ Trata-se da [ADI 2.240/BA](#), Rel. Eros Grau, DJ de 03.08.2007.

razões de segurança jurídica e/ou relevante interesse social, o que poderia contribuir para revelar qual seu entendimento com relação a esses conceitos. Nesse sentido, é plenamente justificada a inclusão na pesquisa dos acórdãos em que o tema foi discutido, ainda que a corte tenha optado, ao final, por não aplicar a modulação de efeitos.

Em praticamente todas as tentativas de busca realizadas no sítio do STF no âmbito dessa pesquisa, foram encontradas inúmeras decisões em Recurso Extraordinário, propostos pelo Município do Rio de Janeiro, para que fossem conferidos efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* da declaração de que a lei municipal que institui o IPTU progressivo não havia sido recepcionada pela constituição (pelo menos não antes da EC 29/00).³² Em vista dessa alta repetitividade, procurei concentrar a análise em dois acórdãos sobre a questão, de sorte que os demais foram excluídos.³³

Além das decisões extraídas do levantamento inicial, também foi elaborado, com essa finalidade, um filtro de pesquisa para as decisões disponíveis no sítio do STF na internet. Nesse sentido, foram pesquisados os termos “descabimento”, “impossibilidade” e “inaplicabilidade”, junto da expressão “modulação prox3 efeitos” ou “nulidade *ex radice*”.³⁴ Em todos os casos, a corte considerou não estarem presentes os pressupostos que a autorizam a modular os efeitos. Em um dos acórdãos, no entanto, os ministros trataram da temática da modulação, mas com finalidade meramente de *obter dictum*.³⁵

Há ministros que admitem a possibilidade de suscitar a questão sobre modulação de efeitos em decisão já proferida por meio de embargos de declaração.³⁶ A idéia já exposta, segundo a qual a limitação dos efeitos, muito mais que mera política judiciária, consistiria em uma imposição constitucional confere suporte teórico a esse entendimento. Desse modo, sempre que a corte não se manifestasse sobre a questão, que prescindiria de pedido do postulante, estaria configurada a

³² Essa conclusão foi alcançada por meio da comparação das ementas (mesma matéria e mesma argumentação), bem como da verificação dos acórdãos citados em cada um dos casos.

³³ Os acórdãos são: RE-AgR 353.508/RJ, Rel. Celso de Mello, DJ de 29.06.2007; e AI-AgR 582.280/RJ, Rel. Celso de Mello, DJ de 06.11.2006.

³⁴ Em que foram aproveitados o RE 353.657/PR, Rel. Marco Aurélio, DJe de 06.03.2008; e Inq.-QO 2.010/SP, Rel. Marco Aurélio, DJe de 06.06.2008.

³⁵ Cf., por exemplo, AI-AgR 606.805/SP, Rel. Eros Grau, DJ de 02.02.2002.

³⁶ Cf. item 3.2.1, *infra*.

omissão, necessária para a interposição dos embargos. Porém, os pedidos, nesses casos, também foram indeferidos.³⁷

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 353.508/RJ
QUESTÃO DE ORDEM EM INQUÉRITO 2.010/SP
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.522/RS
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 353.657/PR
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ADI 1.040/DF
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ADI 2.840/ES
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ADI 2.728/AM
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ADI 1.498/RS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ADI 483/PR
AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 606.805/SP
AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 582.280/RJ

2.1.3 Decisões anteriores à previsão legal, e que tiveram seus efeitos temporais limitados

Para tentar responder à pergunta se o STF já modulava os efeitos de suas decisões anteriormente ao advento da lei que a prevê de forma expressa, além de me valer de casos colhidos na literatura jurídica³⁸, também procurei selecionar exemplos por meio de uma busca focada na idéia de “efeitos *ex nunc*”. O propósito inicial foi o de utilizar os elementos presentes nos acórdãos que invocavam a tese do funcionário de fato, para justificar uma excepcional atenuação do princípio da nulidade retroativa.³⁹

Além disso, cumpre destacar que, no primeiro caso em que houve modulação expressa com base no art. 27 da lei n. 9.868/99, é possível encontrar no voto do Min. Gilmar Mendes, referências a decisões em que houve mitigação dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, numa tentativa de reconstrução

³⁷ [ADI-ED 1.040/DF](#), Rel. Ellen Gracie, DJ de 01.09.2006; [ADI-ED 2.840/ES](#), Rel. Ellen Gracie, DJ de 09.12.2005; [ADI-ED 2.728/AM](#), Rel. Marco Aurélio, DJe de 05/10/2007; [ADI-ED 1.498/RS](#), Rel. Ilmar Galvão, DJ de 05.12.2008; e [ADI-ED 483/PR](#), Rel. Ilmar Galvão, DJ de 05.10.2001.

³⁸ Por exemplo, o [RE 122.202/MG](#), Rel. Francisco Rezek, DJ de 08.04.1994. Cf. Daniel Sarmiento, “Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis”, pp. 30-35.

³⁹ Dentre os acórdãos, [RE 466.546/RJ](#), Rel. Gilmar Mendes, DJ de 17.03.2006; e [RE-AgR 434.222/AM](#), Rel. Carlos Velloso, DJ de 01.07.2005

histórica da prática da corte nos últimos anos. Assim, também foi possível extrair dali algumas decisões.⁴⁰

Também foram pesquisados na seção “Jurisprudência → Pesquisa de Jurisprudência” termos como: “limitação prox2 efeitos e decisão”⁴¹; “efeito *pro futuro*”⁴², tendo o ano de 1999 como limite ou recorte temporal, em que foi editada a Lei n.º 9.868. Por meio de uma decisão obtida com a pesquisa dos termos “segurança jurídica e “relevante interesse social” no sítio do STF, o RE 466.546/RJ, chegou-se a uma decisão conexa, que também trata da limitação da declaração de inconstitucionalidade, a ADI 837/DF, Rel. Moreira Alves, julgada em 27/08/1998. Através de uma leitura prévia desses acórdãos pode-se verificar que a produção de efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade foi deliberadamente afastada pela corte, o que, na maioria dos casos, se deu em nome da preservação da segurança jurídica.⁴³

2.2 Proposta metodológica para a análise dos acórdãos

Relatados os passos e as decisões tomadas para a delimitação do universo de acórdãos que serão objeto de investigação neste trabalho, faz-se necessário explicar a proposta metodológica para analisá-los. Pelas pretensões do presente trabalho, é inevitável concluir que a análise do material coletado deverá ser eminentemente qualitativa. Em pesquisas envolvendo jurisprudência, isso é feito invariavelmente por meio da análise da argumentação empregada pela corte ou tribunal em cada caso (ou grupos de casos) concreto. No entanto, isso não descarta a necessidade de uma proposta metodológica, uma vez que em seu âmbito deverá ser explicitada a escolha do enfoque e dos aspectos que serão estudados em cada decisão.

Em grande parte dos debates travados nas sessões do plenário do STF em torno da questão da possibilidade de modulação, também são abordadas as possíveis

⁴⁰ ADI 513/DF, Rel. Célio Borja, DJ de 30.10.1992; HC 70.514/RS, Rel. Sydney Sanches, DJ de 27.06.1997.

⁴¹ Seis resultados, dos quais somente dois acórdãos foram aproveitados: RE 147.776/SP, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.06.1998; e ADI-MC 1.291/DF, Rel. Octavio Gallotti, DJ de 16.05.2003.

⁴² Dez resultados, sendo que quase todos tratam de temática eleitoral, na linha do caso de Mira Estrela (RE 197.917/SP): RE 266.994/SP, RE 300.343/SP, RE 199.522/SP, RE 282.606/SP, RE 276.546/SP, RE 274.384/SP, RE 274.048/SP, RE 273.844/SP, RE 266.994/SP. Portanto, não dizem respeito ao período anterior à lei da ADI.

⁴³ Foi inclusive encontrada decisão na qual Gilmar Mendes, relator do acórdão, defende a idéia de aplicar a modulação com relação ao efeito repristinatório, por meio do artigo 27, da Lei n. 9.868/99. Cf. ADI 3.660/MS, p. 16.

repercussões (jurídicas e fáticas) que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos poderia acarretar em cada situação concreta. Ao decidir pela modulação dos efeitos, a corte procura, na maioria dos casos, fazer considerações desse tipo, uma vez que acredita tratar-se de uma decorrência necessária da argumentação com fundamento legal na proteção da segurança jurídica e de interesses socialmente relevantes.⁴⁴

Uma possível alternativa para agregar à análise um maior aporte empírico seria explorar melhor essa categoria de argumentos. De fato, acredito que, à primeira vista, seria interessante e extremamente enriquecedor fazer um estudo empírico dos argumentos conseqüencialistas invocados pela corte ao modular os efeitos, buscando verificar sua correspondência com a realidade prática. Isso poderia ser realizado por meio da verificação da plausibilidade e/ou da probabilidade de que os riscos inerentes à declaração de inconstitucionalidade viessem a se concretizar, caso a corte não houvesse limitado os efeitos da sua decisão.

Contudo, essa análise não pode ser feita em vista da limitação material e da disponibilidade de tempo, que condicionaram a execução desta pesquisa. Diante dessas considerações, optei por restringir o material de análise somente às decisões proferidas pelo STF, disponíveis no seu sítio na internet. O foco da análise se concentra, portanto, no que a corte tem feito em matéria de modulação de efeitos, nesses dez anos que se passaram desde o advento da lei que a prevê de modo expresso.

Conforme dito acima, a primeira parte do trabalho tem a finalidade de explorar a consistência da afirmação de que, nas decisões do STF, a modulação seria resultado de uma *rigorosa ponderação dos valores* e interesses em jogo no caso concreto, haja vista que ela consistiria em uma técnica decisória, verdadeira imposição constitucional. Desse modo, ao proceder à limitação dos efeitos, a corte estaria isenta de quaisquer acusações de eventual atuação discricionária.⁴⁵ Essa questão foi decomposta, no primeiro capítulo, em uma série de outras perguntas.

A despeito da pretensão de averiguar os reflexos sobre a argumentação do tribunal decorrentes da rejeição ao fato de que estaria fazendo política judiciária,

⁴⁴ Cf., por exemplo, o voto do Ministro Marco Aurélio na [ADI 3.819/MG](#).

⁴⁵ Em praticamente todos os casos analisados, esse tipo de argumento pode ser encontrado nos votos do referido ministro. Cf. [ADI-ED 2.728/AM](#), p. 9 e ss.; e [MS 26.604/DF](#), pp. 307 e s.

não pretendo discutir, aqui, o que seria *política judiciária*, tendo em vista a grande polêmica em torno da questão, bem como a multiplicidade de respostas a que se poderia chegar. No entanto, para efeitos da análise que será realizada, basta tomar a expressão no sentido que o próprio tribunal a emprega, qual seja, enquanto *idéia oposta* à que sustenta que a modulação constituir-se-ia em um dever constitucional, sendo-lhe, portanto, vedado negar a limitação dos efeitos no caso concreto, uma vez presentes seus pressupostos constitucionais.

Destarte, caso o STF demonstre que a modulação, no caso concreto, resulta de um juízo ponderativo dos interesses envolvidos, e que estes têm fundamento em valores constitucionais, sua decisão não apresentaria, nesse sentido, um *teor político*. O pressuposto dessa análise é que somente por meio da argumentação desenvolvida em cada caso poderia ser comprovado se o Supremo, tal como afirmam alguns ministros, trata a modulação de efeitos enquanto uma espécie de *dever constitucional*, um *imperativo de proteção* de outros valores e interesses, resultado unicamente de um *juízo de proporcionalidade*, responsável por imprimir parâmetros objetivos à decisão.⁴⁶

Considerando essas premissas, a primeira questão metodológica surgiu da necessidade de determinar quais aspectos das decisões deveriam ser estudados. A solução encontrada para investigar o tema com esse enfoque foi, como já mencionei anteriormente, concentrar a análise em dois elementos principais, presentes nas decisões selecionadas. O primeiro deles diz respeito aos chamados *pressupostos materiais* exigidos pela lei, quais sejam, a violação à *segurança jurídica* e/ou existência de um *relevante interesse social*. Assim, a análise deve, inicialmente, abordar os argumentos levantados pelo Supremo para justificar a modulação de efeitos em cada caso, tendo em vista esses requisitos legais. O segundo elemento seria o resultado final da decisão sobre modulação de efeitos em cada caso. Em outras palavras, o que deve ser levado em conta nessa análise é a forma com que os efeitos da decisão foram modulados, em cada caso.

⁴⁶ Como, em nenhum momento, os ministros precisam, com exatidão, em que consistiria esse *juízo de proporcionalidade* ou *ponderação de interesses*, procurei tomá-lo no sentido proposto por Daniel Sarmento, como sendo o método empregado para verificar a constitucionalidade de atos do poder público em face de normas constitucionais de caráter principiológico. Trata-se de postulado, que pode ser dividido em três *subprincípios* (*adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*). Cf. "Eficácia temporal", p. 38. Para uma explicação mais detalhada, cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, (tradução de Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 45 e ss.

Com isso, espero empreender um esforço analítico na tentativa de extrair da produção jurisprudencial do STF os conceitos de *segurança jurídica* e *relevante interesse social*, apontados pela lei como únicos pressupostos materiais da modulação temporal dos efeitos. Através do estudo da argumentação empregada pelos ministros em cada caso, verifico se a Corte tem se preocupado em uniformizar e sistematizar o tratamento oferecido à modulação de efeitos, o que envolveria desde a adoção de um padrão decisório, até o estabelecimento de critérios ou de conceitos mínimos para as expressões “*segurança jurídica*” e “*relevante interesse social*”, sempre procurando demonstrar suas bases na Constituição Federal.

Além disso, essa etapa inicial também contempla uma discussão acerca dos *resultados concretos* da modulação de efeitos, ou seja, a forma com que a decisão final da corte teve, nos casos analisados, seus limites temporais fixados. Um dos pressupostos da presente análise é que, ao falar em imposição constitucional, rechaçando a eventual acusação de que estariam fazendo política judiciária, os ministros pretendem invocar um caráter preponderantemente objetivo para o juízo acerca da modulação de efeitos. Nesse sentido, eles buscam “blindar” seu julgamento em face de eventuais arbitrariedades, fundamentando suas decisões com fulcro na idéia da necessidade de preservar outros valores do mesmo modo consagrados pela Constituição Federal.

No que tange à segunda parte do trabalho, a dúvida metodológica está em determinar o que se entende por *modulação de efeitos*, no sentido de limitação temporal da eficácia das decisões do STF. Isso porque o objetivo desta segunda etapa seria, justamente, o de verificar se o tribunal, antes mesmo do advento da Lei n.º 9.868/99, já havia feito uso dessa técnica decisória.

Conforme já foi adiantado no capítulo introdutório, procurei selecionar algumas decisões em que pude constatar, em uma análise prévia e superficial, que tinham seus efeitos temporais de alguma forma limitados pelo tribunal. Dessa forma, a *análise comparativa* levará em conta os elementos que poderiam aproximar as decisões, cujos efeitos foram modulados nos termos da nova lei, daquelas anteriores a essa lei, mas que tiveram igualmente seus efeitos delimitados no tempo de alguma forma.

3. Modulação de efeitos na jurisprudência do STF

Neste capítulo, será analisada a modulação de efeitos nos termos do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, tendo em vista o que o Supremo Tribunal Federal tem produzido sobre o tema até o presente momento. Isso envolve desde aspectos formais da decisão, até uma questão de fundamentação constitucional da limitação dos efeitos. Inicialmente (3.1 e 3.2.1), procuro expor algumas premissas de análise, fixadas pelo próprio tribunal, como, por exemplo, a de que a nulidade das leis inconstitucionais seria a *regra*, ao passo que a modulação representaria, sob esse ângulo, a sua *exceção*.

Na seqüência, serão analisados os pressupostos materiais da modulação de efeitos (3.2.2), na tentativa de extrair dos julgados selecionados alguma conceituação para as expressões “segurança jurídica” e “relevante interesse social”. No item seguinte (3.2.3), busco investigar melhor os resultados práticos das decisões sobre a modulação, discutindo as diversas formas encontradas pelos ministros de compatibilizar a pronúncia de nulidade com outros valores considerados por eles relevantes. Por fim, são retomados os resultados obtidos em cada uma dessas análises (3.3).

3.1 O STF e a eficácia temporal de suas decisões: o princípio da nulidade das leis inconstitucionais

Conforme já foi afirmado anteriormente, o tema da eficácia temporal das decisões em controle de constitucionalidade remonta a uma antiga discussão acerca de que efeitos – *ex tunc* ou *ex nunc* – deveriam lhes ser atribuídos. O intuito desse capítulo não é reproduzir esse debate em sua integralidade, mas tentar apresentar seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por isso, inicio apenas retomando, em linhas gerais, o que cada um desses modelos (tipos ideais) de jurisdição constitucional preconiza, para, em momento posterior, tratar das referências feitas a eles nos votos dos ministros.

Historicamente, o modelo que proclama a *nulidade* descende do constitucionalismo americano, desde o século XIX. Segundo essa visão, a idéia de lei inconstitucional seria uma verdadeira *contradição em termos*, já que uma

“lei inconstitucional” não é lei em sentido algum.⁴⁷ A regra, portanto, é a produção de efeitos *ex tunc*⁴⁸, ou seja, que retroagem até o momento em que o ato ingressou no ordenamento jurídico. Por isso, a decisão possui *natureza declaratória*, uma vez que simplesmente se limita a confirmar algo prévio, quer dizer, uma dada realidade que lhe é pré-existente.

A lógica que subjaz a esse raciocínio é a de que a lei inconstitucional possui um vício insanável, uma pecha que a impede de produzir efeitos a qualquer tempo. O resultado almejado é como se ela nunca tivesse existido, de modo que os atos praticados sob sua égide igualmente careceriam de legitimidade. Assim, o juízo de inconstitucionalidade importaria também a nulidade de todos esses atos que tiveram fundamento na lei (ou não-lei) viciada.

Por outro lado, atribui-se a Hans Kelsen a concepção do modelo concentrado de fiscalização de constitucionalidade das leis, cujas decisões possuiriam caráter *constitutivo-negativo*.⁴⁹ Nesse sentido, a lei inconstitucional seria meramente anulável, ou seja, não se nega que ela tenha produzido efeitos no período em que esteve em vigência, até o momento em que é julgada incompatível com a constituição. Sob essa ótica, a decisão possui efeito *ex nunc*⁵⁰, uma vez que a premissa não é a da nulidade *ipso iure* do ato, mas, sim, a da anulabilidade posterior à sua edição. Isso significa que a decisão produziria efeitos somente a partir dela própria, não abarcando situações anteriores a ela.

Uma das justificativas normalmente apresentadas por aqueles que comungam desse entendimento é a de que a lei editada regularmente gozaria de presunção de constitucionalidade. Dessa forma, sua aplicação continuada haveria de produzir efeitos que não poderiam ser ignorados.⁵¹ A idéia por traz é a do respeito à garantia da segurança jurídica e da proteção do princípio da boa-fé,

⁴⁷ Cf. Laurence Henry Tribe, *American constitutional law*, 3. ed., New York: Foundation, 2000, pp. 30 e s.; e Osvaldo Luiz Palú, *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, 2. ed., São Paulo: RT, 2001, p. 173.

⁴⁸ Expressão em latim que significa, em tradução livre, “a partir de então”.

⁴⁹ Cf. *Teoría general del derecho y del Estado*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma, 1969, pp. 333 e s.; do mesmo autor, *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 304-309, 311 e ss.; e Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 333-336. Esse foi o desenho institucional adotado pela constituição austríaca de 1920, reformada em 1929.

⁵⁰ Expressão latina que pode ser traduzida como “a partir de agora”.

⁵¹ Nesse sentido, cf. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed., São Paulo: RT, 2000, pp. 67 e s.

sendo, portanto, perfeitamente legítimas as relações jurídicas constituídas com base nela.

Na Constituição Federal de 1988 não há qualquer menção à eficácia temporal atribuída às decisões do Supremo em controle de constitucionalidade. Entretanto, a corte reconheceu, em diversas oportunidades, que sua posição sempre tendeu, tradicionalmente, para a adoção do *princípio da nulidade*.⁵² Categórica é a afirmação do Min. Sydney Sanches no sentido de que seria pacífico na jurisprudência que “a declaração de inconstitucionalidade de uma lei tem sempre eficácia *‘ex tunc’*, pois nasceu com o vício maior de invalidade”.⁵³

A despeito do silêncio da constituição sobre o tema, os ministros procuram enfrentar o problema atinente à elaboração de uma fundamentação para esse entendimento, acreditando tratar-se da posição mais condizente com os preceitos da Constituição Federal. Isso porque o princípio da supremacia da constituição não poderia admitir a validade (ainda que temporária) de uma lei inconstitucional. Em outras palavras, o reconhecimento de qualquer valor ao ato declarado inconstitucional importaria inaceitável suspensão provisória ou parcial da constituição, bem como frustraria os interesses daqueles que se vissem prejudicados pela edição da lei viciada. Nos dizeres do Min. Moreira Alves, tratar-se-ia de uma “ruptura da ordem que foi imposta pela Carta Magna”.⁵⁴

Apesar dessa tendência, houve momentos em que a corte confrontou-se com a posição divergente. Ilustrativo é o conhecido exemplo do Min. Leitão de Abreu, que proferiu voto no RE 79.343/BA no sentido de tentar, com base na teoria kelseniana, abandonar o princípio da nulidade em favor do da anulabilidade. A defesa empreendida pelo ministro problematizava até que ponto a retroatividade da decisão poderia atingir um ato, prejudicando o agente que o teve por legítimo, e que por ele pautou sua atuação.⁵⁵

Esse debate é retomado em diversos momentos pelos ministros que compõem – e que compuseram, no período mais recente – o Supremo Tribunal Federal, ao

⁵² Cf., por exemplo, o voto bastante citado do Ministro Relator Leitão de Abreu, no RE 79.343/BA, DJ de 02.09.1977, p. 8; Rp. 971/RJ, Rel. Djaci Falcão, DJ de 07.11.1978; Rp. 1.016/SP, Rel. Moreira Alves, DJ de 26.10.1979; e RE 93.356/MT, DJ de 04.05.1981, pp. 7 e ss.

⁵³ AI-AgR 314.481/MG, DJ de 01.03.2002, pp. 18 e s.

⁵⁴ Rp. 980/SP, Rel. Moreira Alves, DJ de 19.09.1980, p. 29. No referido caso, a discussão de mérito gira em torno da idéia se o presidente da república poderia se recusar a cumprir lei que considera inconstitucional. Nessa hipótese, não se aplicaria a presunção de legitimidade de que gozam os atos públicos, que vincularia de maneira direta somente aos particulares.

⁵⁵ Cf. p. 10 do referido acórdão.

tratarem especificamente da modulação de efeitos. Eles terminam por concluir que, historicamente, o tribunal sempre considerou a nulidade da lei viciada como um princípio de caráter constitucional.⁵⁶ Nas palavras do ministro Carlos Britto, “o vício da inconstitucionalidade traduz-se, como regra geral, na necessidade de extirpar do Ordenamento Jurídico o ato inválido, de sorte a preservar a coerência de tal Ordenamento e garantir a hierarquia e a rigidez da Constituição Federal”.

57

Mesmo diante da inexistência de previsão constitucional nesse sentido, os ministros se arriscam a justificar a adoção dessa posição em vista de alguns princípios de índole constitucional: dentre eles, a *preservação da coerência interna* do ordenamento jurídico, e a idéia de *supremacia e rigidez da constituição*, bem como o princípio do Estado Democrático de Direito.⁵⁸

Além disso, acreditam haver indicações na legislação infraconstitucional de que o princípio da nulidade é postulado básico do sistema. Citam, por exemplo, o artigo 485, inciso V do Código de Processo Civil, que elenca a declaração de nulidade como um dos fundamentos para se propor ação rescisória.⁵⁹ No entanto, não podem ser ignorados os efeitos de se interpretar a constituição por meio da legislação infraconstitucional, sob pena de contrariar a própria idéia de rigidez desta.⁶⁰

De qualquer modo, em vista dessas observações, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal adota a tese de que, via de regra, as normas inconstitucionais, ao serem declaradas como tal, são excluídas da ordem jurídica com efeitos retroativos. Na prática, seria como se esse ato normativo nunca houvesse existido para fins de direito.⁶¹ Trata-se, na visão de alguns, de

⁵⁶ Cf., por exemplo, os votos dos Ministros Marco Aurélio, nos [ADI-ED 1.498/RS](#), p. 26; Ilmar Galvão, nos [ADI-ED 483/PR](#), p. 3; Gilmar Mendes, no [RE 197.917/SP](#), pp. 54 e s.

⁵⁷ [HC 82.959/SP](#), p. 202. Nesse sentido, cf. também Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 264 e ss.

⁵⁸ Cf., por exemplo, o voto de Cármen Lúcia nos [ADI-ED 2.728/AM](#), p. 14; [RE 197.917/SP](#), p. 71; [RE 442.683/RS](#), Rel. Carlos Velloso, DJ de 24.03.2006, p. 8; e [AI-AgR 582.280/RJ](#), p. 8.

⁵⁹ [RE 197.917/SP](#), p. 56.

⁶⁰ Os problemas em se interpretar a constituição por meio do que dispõe a legislação infraconstitucional vão desde a possibilidade de que seu sentido seja alterado a qualquer momento (à medida que se modifique a lei ordinária), sem que haja maior rigidez no controle, até a possibilidade de que uma legislação civil, possa determinar o significado de um dispositivo constitucional que também interessa às demais áreas do direito.

⁶¹ Uso a expressão “para fins de direito”, uma vez que alguns efeitos práticos do ato impugnado não podem ser contornados por meio da mera declaração de nulidade. Assim, a situação anterior à edição da lei viciada raramente poderá ser integralmente restaurada.

entendimento que gozaria de “um tipo de aceitação geral” por parte dos membros da corte, ao longo de sua história.⁶²

3.2 A exceção prevista no artigo 27 da Lei n.º 9.868/99

Não raro, é possível que, em algumas situações, o princípio da nulidade ofereça certos inconvenientes. O próprio Min. Sepúlveda Pertence já havia reconhecido anteriormente que a tese da nulidade *ex radice* poderia conduzir os tribunais competentes a “evitar o mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais (dessa decisão) sobre o passado”.⁶³

O argumento de que a nulidade, enquanto regra, poderia constituir um empecilho para que o tribunal declare uma norma inconstitucional também é encontrado na literatura jurídica.⁶⁴ Nessa linha, há autores que sustentam ser a adoção de tal princípio um fator de elevado peso decisório, que poderia influir de modo negativo nas deliberações da corte, em virtude do receio de que as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade possam ser mais desastrosas que a própria manutenção da norma inconstitucional. O Min. Gilmar Mendes chega até mesmo a se referir a essa ameaça como estado de *greater restraint*, em que o exercício pleno da jurisdição constitucional seria deliberadamente contido pelo tribunal, em vista de se evitar um “mal maior”.⁶⁵

Além disso, alguns ministros argumentam no sentido de que a observância do postulado da *nulidade* dos atos normativos inconstitucionais, se, por um lado, garante a efetividade de seu conteúdo normativo, por outro, pode importar a violação de alguns preceitos e valores assegurados no próprio documento constitucional. A força deste argumento está no fato de que, segundo os ministros, os valores que se contrapõem ao princípio da nulidade são, diferentemente deste, tutelados de forma expressa e inequívoca pela Constituição Federal.⁶⁶ No entanto, o mais próximo que os ministros chegam de

⁶² Nas palavras do ministro Gilmar Mendes, ADI 3.819/MG, p. 88. Cf., também, voto do Ministro Marco Aurélio, ADI 3.022/RS, DJ de 04.03.2005, p. 37.

⁶³ ADI 1.102/DF, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 01.12.1995, p. 40. Antes dele, na verdade, o ministro Relator Leitão de Abreu também já havia tecido considerações no mesmo sentido. Cf. RE 79.343/BA, p. 9.

⁶⁴ Cf., por exemplo, Eduardo García de Enterría, “Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, *Revista de Direito Público* 92 (1989), pp. 12-14.

⁶⁵ RE 197.917/SP, p. 70.

⁶⁶ Cf. RE 442.683/RS, p. 16; e RE-AgR 328.232/AM, Rel. Carlos Velloso, DJ de 02.09.2005, p. 22. O Ministro Celso de Mello menciona também as garantias previstas no inciso XXVI do artigo 5º da

apontar quais são esses valores constitucionais é a genérica e imprecisa invocação da garantia da *segurança jurídica* (artigo 5º, *caput* da CF).⁶⁷

Nesse sentido, pondera o tribunal que, mesmo sendo a favor da relativização do princípio da nulidade em algumas situações, uma ruptura total com esse “dogma” poderia representar o sério risco de estimular a edição de leis claramente inconstitucionais.⁶⁸ Essa é uma das principais justificativas trazidas pelos membros da corte que se opõem à modulação de efeitos em determinados casos. Um exemplo é o Min. Marco Aurélio, que declarou nutrir profunda preocupação em face do perigo de “que passe a valer a pena, ante a morosidade do próprio judiciário, lançar no mundo jurídico leis inconstitucionais”.⁶⁹

Fato é que tanto o modelo norte-americano, quanto o modelo kelseniano tiveram de ser reformados e adaptados a situações supervenientes que demonstraram a falta de capacidade de cada um para dar conta de uma demanda cuja complexidade cada vez mais tem se aprofundado, em termos de direitos e interesses envolvidos.⁷⁰ Esse dado é trazido por alguns ministros ao tratarem da ausência de necessidade de optar por um ou outro modelo, acreditando ser uma escolha sem utilidade real.⁷¹

Em virtude dessas considerações, pode-se dizer que a previsão trazida no artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 importa a possibilidade expressa de que a corte afaste, em determinados casos, a incidência do princípio da produção *ex tunc* de efeitos, considerado por ela mesma como a *regra geral* do sistema. A premissa desse

CF, que põem a salvo a intangibilidade de situações juridicamente consolidadas. No entanto, reconhece que essas limitações, tutelando o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, se refeririam apenas à lei em sentido estrito, não se estendendo às decisões judiciais. Afirma que a lei que se pretenda retroativa deveria se pronunciar expressamente nesse sentido. O Brasil, ainda segundo ele, é um dos poucos países a trazer um dispositivo constitucional com essas especificidades. Cf. ADI 605/DF, Rel. Celso de Mello, DJ de 05.03.1993, pp. 30 e s.

⁶⁷ Cf. voto do Ministro Carlos Britto, em caráter exemplificativo, no HC 82.959/SP, p. 203.

⁶⁸ Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence. ADI 1.102/DF, p. 41.

⁶⁹ Acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia, em voto nos ADI-ED 2.728/AM, p. 23.

⁷⁰ No caso americano, a própria Suprema Corte decidiu aplicar, em alguns casos, uma idéia desenvolvida por ela mesma de *limited prospectivity* (e suas diversas variantes) – que será vista mais a frente, na análise da argumentação de alguns ministros. A constituição austríaca, por sua vez, foi reformada em 1929, para admitir o controle difuso de constitucionalidade, cuja decisão apresentaria excepcionais efeitos *ex tunc*. Cf., por exemplo, Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, pp. 341 e ss. Para uma explicação mais detalhada, veja, também, Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 398-402.

⁷¹ Cf., por exemplo, o RE 197.917/SP, pp. 42 e s.; ADI 2.240/BA, pp. 35 e s.; e HC 82.959/SP, pp. 170 e s.

raciocínio é que a nulidade não deve ser encarada como um princípio constitucional que se impõe de forma absoluta.⁷²

Nesse sentido, uma vez configurados os pressupostos legais, o Supremo pode modular a incidência temporal de suas decisões, o que representaria, em termos práticos, uma exceção ao “consagrado” princípio da nulidade. Ademais, esse caráter excepcional é ainda reforçado pela exigência legal de quórum qualificado – maioria de dois terços do pleno da corte.

Todavia, disso não decorre que o tribunal deverá se manifestar a respeito dos efeitos de sua decisão toda vez que realiza controle de constitucionalidade de atos normativos. Desse modo, ainda permanece a ressalva, formulada no voto do Min. Gilmar Mendes, de acordo com a qual “o princípio da nulidade continua a ser a regra no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante, manifestado sob a forma de interesse social relevante”.⁷³

Além disso, é imperioso ressaltar que o expediente da modulação de efeitos constitui figura demasiado complexa, conforme será visto mais à frente, na medida em que a questão não pode ser reduzida a uma dicotomia simplificadora, nos moldes da antiga discussão em torno da eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*. Isso porque, ao olharmos para a jurisprudência do STF até o momento, verificamos que as possibilidades de limitação temporal dos efeitos de uma decisão em controle de constitucionalidade são, de fato, múltiplas.⁷⁴

A seguir serão analisados os requisitos (legais e fixados em sua jurisprudência) para que o Supremo possa modular os efeitos de sua decisão. Para facilitar a compreensão, dividi esses pressupostos em duas categorias (formais e materiais), procurando resumir essas informações no quadro abaixo:

⁷² Cf. ADI 3.819/MG, p. 90; e RE 197.917/SP, p. 54.

⁷³ RE 197.917/SP, p. 71.

⁷⁴ Uma abordagem mais ampla dessa questão será feita no item 3.2.3, *infra*.

Pressupostos formais	Pressupostos materiais
<p>Órgão - plenário</p> <p>Quórum - maioria de 2/3</p> <p>Controle - difuso ou concentrado</p>	<p>Segurança jurídica</p> <p>Relevante interesse social</p>

Apesar de não dizerem respeito ao problema de pesquisa central proposto neste trabalho, serão discutidos, inicialmente, os pressupostos formais da modulação dos efeitos, previstos pela lei federal de 1999, bem como decorrentes de alguns limites fixados pelo próprio STF para tratar da questão. Assim, procuro apresentar uma série de dados, colhidos na leitura dos acórdãos selecionados, e que desempenham papel relevante no mapeamento da visão predominante no tribunal acerca desse instituto. Em seguida, tratarei do problema de pesquisa propriamente dito, que consiste, como já foi reforçado, na análise dos argumentos trazidos para justificar a modulação de efeitos e os limites a ela impostos em cada caso.

3.2.1 Aspectos formais do expediente

Antes de dar início à análise dos julgados selecionados com foco nos argumentos trazidos – seja para justificar, seja para excluir a limitação temporal dos efeitos – , acredito ser pertinente expor alguns dados que possam auxiliar na compreensão geral do que o STF entende por modulação de efeitos. Trata-se de informações obtidas por meio do contato e da leitura de acórdãos que abordam o tema. Muito embora esses dados não digam respeito diretamente ao objeto principal de questionamento deste trabalho, eles guardam relação com a modulação e revelam o tratamento dado pela corte ao tema, a partir de uma perspectiva mais formal.

Para facilitar ao leitor, formulei a seguinte lista de questões, como forma de tentar conduzir a discussão de alguns aspectos que emergiram da leitura das decisões e que procurei selecionar do material lido:

Análise dos aspectos formais	
1.	Qual a forma de controle de constitucionalidade em que se admite a modulação?
2.	É possível modular efeitos em juízo de receptividade de norma anterior à constituição?
3.	O STF observa a exigência legal de quórum mínimo para que opere a modulação?
4.	É possível discutir modulação de efeitos em julgamentos já encerrados?
5.	Qual o órgão legitimado para modular os efeitos?

De modo geral, a corte defende que a modulação de efeitos constitui expediente que somente pode ser invocado em sede de controle de constitucionalidade. Todavia, a lei é expressa ao restringir seu âmbito de aplicação apenas às Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), principal meio para que a corte exerça o controle concentrado dos atos normativos.⁷⁵ A despeito disso, o STF não faz qualquer distinção entre as decisões em controle concreto-incidental e em controle abstrato de constitucionalidade, no que tange à possibilidade de modular os efeitos.⁷⁶

A justificativa para esse posicionamento encontra suporte em duas linhas principais: a primeira delas é de que não haveria qualquer tipo de incompatibilidade entre a modulação e sua aplicação aos casos de controle incidental, uma vez que a base constitucional para a limitação dos efeitos – ou seja, a proteção de outros valores que se encontrariam ameaçados pela retroatividade da decisão – diz respeito indistintamente à revisão judicial como um todo; ademais, o Brasil possui um sistema misto de controle de constitucionalidade, que não admitiria uma distinção tão rígida entre os regimes de um e de outro, haja vista que suas decisões em controle incidental “afetariam os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias”.⁷⁷

⁷⁵ Esse ponto é levantado por alguns ministros que vêem com certa ressalva a extensão da modulação também para os casos de fiscalização difusa. Cf. Sepúlveda Pertence, *RE 197.917/SP*, p. 84; Marco Aurélio, *RE 559.943/RS*, p. 64. A possibilidade de modular os efeitos também está prevista no artigo 11 da Lei n.º 9.882/99, que regulamenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

⁷⁶ Assim, tem-se modulação em controle incidental: *HC 82.959/SP*; e *RE 197.917/SP*, por exemplo. Modulação na fiscalização de lei em tese: *ADI 3.819/MG*; e *ADI 3.458/GO*.

⁷⁷ *RE 197.917/SP*, pp. 43 e 47, respectivamente. Além dessa decisão, cf., também, *HC 82.959/SP*, pp. 115 e s. No entanto, essa justificativa contorna a questão da legitimidade. O fato de ser compatível não implica que a modulação seja necessária. A Min. Ellen Gracie se insurgiu contrariamente a essa linha de raciocínio, afirmando que a técnica da prospectividade das decisões teria origem no modelo exclusivamente difuso de controle de constitucionalidade, que seria regido por princípios completamente distintos do modelo brasileiro. Cf. pp. 162 e s.

Como se trata de controle de constitucionalidade, a modulação não se estenderia, em tese, aos casos nos quais o Supremo verifica se um ato normativo anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 foi por ela recepcionado, uma vez que, dentre os pressupostos a serem observados para utilização da técnica de modulação temporal, está necessária existência de um *juízo de inconstitucionalidade*.

Esse é o raciocínio desenvolvido pelo Min. Celso de Mello em agravo regimental no qual foi requerida a modulação dos efeitos da decisão que julgou a não-recepção por parte da Constituição Federal de 1988 do artigo 67 da Lei n.º 691/84 do Município do Rio de Janeiro, que dispunha sobre o IPTU progressivo. Não caberia, assim, a modulação nos casos de não-recepção de atos normativos pré-constitucionais. O fundamento trazido pelo ministro aponta para o fato de que essa decisão não implica a declaração de inconstitucionalidade, mas, sim, o reconhecimento de sua “pura e simples revogação”.⁷⁸

O Min. Gilmar Mendes, no entanto, defende que o fato de não se fazer um controle de constitucionalidade em sentido estrito não constitui objeção apta para rejeitar a possibilidade de modular os efeitos dessa decisão. Na visão do ministro, as mesmas razões que ensejam a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade seriam suficientes para determinar que os efeitos do juízo de não-recepção de lei pré-constitucional também possam ser limitados no tempo.⁷⁹

Além disso, a Lei n.º 9.868/99 traz em seu bojo o que alguns ministros chamam de reserva de plenário.⁸⁰ Isso porque ela autoriza somente ao plenário da corte que opere a modulação dos efeitos, Uma vez que seria vedado aos órgãos fracionários – as chamadas *turmas* – pronunciar-se sobre a ilegitimidade constitucional de determinado ato do poder público. Trata-se do órgão máximo do tribunal, responsável por julgar, em caráter definitivo, as questões atinentes à constitucionalidade de atos normativos do poder público.⁸¹

Outra exigência apresentada pela lei diz respeito ao quórum necessário para que a modulação seja deferida. Pelo artigo 27, a modulação dos efeitos deve ser aprovada por uma maioria mínima de dois terços do plenário da corte. Isso

⁷⁸ [AI-AgR 453.071/RJ](#), p.

⁷⁹ [AI-AgR 478.721/RJ](#), pp. 11 e s., e 27.

⁸⁰ Cf. [AI-AgR 681.730/RJ](#), Rel. Celso de Mello, DJe de 13.12.2007, p. 5; e [AI-AgR 584.148/RJ](#), Rel. Celso de Mello, DJe de 18.09.2008, p. 3.

⁸¹ Cf. o que foi assentado no [AI-AgR 472.897/PR](#), DJe de 25.10.2007, p. 5.

representa, em termos reais, que ao menos oito ministros devem se pronunciar favoráveis à modulação em cada caso. Trata-se do mesmo quórum presente na exigência para edição de súmula vinculante e na definição dos critérios da repercussão geral. Porém, essas duas outras figuras foram introduzidas por meio de emenda à constituição.

Um fato importante diz respeito ao tempo em que a modulação de efeitos pode ser requerida pelo(s) interessado(s). Normalmente, isso deve ser feito no momento em que o questionamento acerca da constitucionalidade de um ato do poder público é levado à apreciação do STF. Contudo, isso não impede que, como ocorre em muitos dos casos, o tribunal o faça por conta própria, mediante proposta encaminhada ao plenário por um de seus membros.

No entanto, há alguns ministros que admitem que a questão possa ser suscitada mesmo em momento posterior à própria decisão final da corte. Na visão deles, essa solução faria sentido, uma vez que o Supremo adota a tese de que o fundamento da modulação de efeitos é uma imposição constitucional, para que sejam preservados outros valores que gozam de igual acolhida no texto fundamental, o que não permitiria a atribuição de caráter definitivo a uma eventual omissão por parte do tribunal. Dessa forma, restaria configurada omissão da corte toda vez que, sendo cabível, ela não modulasse os efeitos de sua decisão, descumprindo, portanto, um dever que a própria constituição lhe havia criado.⁸²

Por fim, cumpre ressaltar que o tribunal tem realizado suas votações numa espécie de *modelo bifásico*.⁸³ A questão da modulação é levantada por algum ministro, na forma de proposta encaminhada ao plenário para deliberação. Em seguida, os ministros se manifestam sobre a modulação proposta, sendo que a discussão gira em torno de seu cabimento ou não e dos termos em que ela se dará. Dessa forma, a votação sobre o mérito não vincula os que votaram contra a inconstitucionalidade, de modo que todo o plenário volta a decidir especificamente sobre a modulação. Um dos casos mais emblemáticos é o do HC 82.959/SP, em que a diferença no placar final a respeito da inconstitucionalidade

⁸² Cf. [ADI-ED 1.498/RS](#), [ADI-ED 2.840/ES](#) e [ADI-ED 483/PR](#). Apesar disso, pelo número reduzido de decisões, não é possível afirmar que o STF admite seja a questão da modulação suscitada em sede de embargos de declaração.

⁸³ Sobre o uso da expressão, cf. [RE 559.943/RS](#), pp. 56 e s.

foi de apenas um voto, ao passo que a proposta sobre a modulação de efeitos foi acolhida por unanimidade.

3.2.2 Pressupostos materiais da modulação

Neste tópico, analiso os elementos considerados determinantes pelo STF para que os efeitos de sua decisão fossem ou não modulados. Com o intuito de verificar o que a corte entende por segurança jurídica e relevante interesse social, procurei fazer um pequeno relato da questão concreta discutida nas decisões selecionadas e de como a modulação se deu em cada caso. Isso porque os motivos alegados pelo Supremo para que os efeitos da decisão fossem limitados no tempo se relacionam também a aspectos do mérito, o que pressupõe uma necessária avaliação dos elementos e diversas variantes do caso concreto. Entretanto, como a tônica da análise deve ser dada à questão da modulação, procurei ser o mais sucinto possível nessa descrição.

a) Casos em que os efeitos da decisão foram modulados

RE 971.917/SP – Câmara dos vereadores de Mira Estrela-SP

O primeiro caso em que a corte julgou estarem presentes razões de segurança jurídica e/ou relevante interesse social foi o recurso extraordinário no qual foi revista a posição do tribunal acerca da relação de proporcionalidade, exigida pela constituição, entre o número de membros da Câmara de Vereadores e a população de um Município (artigo 29, inciso IV, alínea "a" da CF). O caso levado à apreciação teve origem no Município paulista de Mira Estrela, em que a quantidade de representantes – onze, no total – foi julgada excessiva em vista da pequena população local, de 2.651 habitantes. Ao final, foi determinado que o número de vagas tinha de ser reduzido para o mínimo constitucional de nove vereadores, o que deveria ser feito por meio da aprovação de nova lei orgânica, uma vez que a competência, segundo a constituição, é da própria câmara local.

Pela regra da nulidade, a declaração de inconstitucionalidade deveria retroagir até o momento em que a lei municipal (§ único do artigo 6º da Lei Orgânica – n.º 222) foi editada, o que havia ocorrido em 31 de maio de 1990. Com isso, todos os atos praticados pelos vereadores que ocuparam as vagas consideradas

excessivas durante todo esse tempo também seriam inválidos, o que poderia representar um sério risco à segurança jurídica.⁸⁴

O Min. Gilmar Mendes acredita restar clara a dimensão do perigo que a decisão com efeitos retroativos poderia acarretar, como se vê no seguinte trecho: "(...) eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal – fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados".⁸⁵

Em seguida, o referido ministro acredita não haver dúvidas de que, no presente caso, um "rigoroso juízo de proporcionalidade" recomendaria a preservação da atual composição até o fim dessa legislatura.⁸⁶ De modo que propõe que sejam conferidos efeitos à decisão somente a partir da próxima legislatura. No entanto, o ministro não apresenta outras justificativas, nem desenvolve melhor as que ele vislumbrou. Dessa forma, também não procura relacionar os efeitos descritos acima com a ocorrência de violação da segurança jurídica ou da existência de relevante interesse social.

A modulação de efeitos no presente caso, taxada de *discricionária* pelo Min. Sepúlveda Pertence⁸⁷, é endossada pelo Min. Cezar Peluso, que crê que "a variedade dos instrumentos, ou dos métodos, não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da constitucionalidade das leis".⁸⁸ Nesse sentido, concordante com o Min. Gilmar Mendes, acredita que, no caso concreto, é manifesta a presença excepcional de fundadas razões de coerência sistemática e segurança jurídica.

A despeito desses apelos a conceitos vagos e variados, quais sejam, o princípio da "segurança jurídica", a "coerência sistemática", e um "relevante interesse social", a ementa do acórdão foi redigida de forma a apontar que, no caso, seria real a possibilidade de que a decisão retroativa ameaçasse "todo o sistema

⁸⁴ A questão é levantada, no caso, pelo Min. Gilmar Mendes. [RE 197.917/SP](#), pp. 37-40.

⁸⁵ [RE 197.917/SP](#), p. 71.

⁸⁶ [RE 197.917/SP](#), p. 73.

⁸⁷ [RE 197.917/SP](#), p. 82.

⁸⁸ [RE 197.917/SP](#), p. 125.

legislativo vigente". Nesse sentido, foram consideradas razões de segurança jurídica e "prevalência do interesse público".

ADI 3.022/RS – Defesa de servidores estaduais em processo judicial

No caso, o artigo 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul prevê que os servidores públicos do estado gozam de assistência judiciária especial. No entanto, a lei impugnada estabelece que essa assistência deveria ser prestada diretamente pela Defensoria Pública, e não pela Procuradoria do Estado, como ocorre em outros locais (inclusive, no âmbito do funcionalismo federal). Dessa forma, a corte constatou a inconstitucionalidade de lei estadual, por escolher, de forma equivocada, que a assistência judiciária, prevista na constituição estadual, estaria a cargo da Defensoria Pública do Estado. Isso, na medida em que a Constituição Federal restringe as atribuições da Defensoria Pública (artigo 134, *caput*) à garantia de assistência judiciária gratuita (artigo 5º, inciso LXXIV). Seria necessário, pois fazer um juízo em cada caso concreto para saber se o servidor teria, de fato, direito ao benefício da assistência judiciária gratuita.

Em parecer, a Advocacia Geral da União concorda com a inconstitucionalidade, mas sustenta que a declaração geraria "prejuízo injustificado" para as partes envolvidas, considerando que não haveria previsão legal para que a Procuradoria Estadual desempenhasse atribuição semelhante, como ocorre na esfera federal, o que importaria o abandono dos processos ainda em curso.

O relator, Min. Joaquim Barbosa, considera que os possíveis prejuízos resultantes da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* seriam imprevisíveis em sua extensão. No entanto, ele reconhece que, por exemplo, bastaria notar que vários servidores já haviam se beneficiado da prestação de defesa pela Defensoria Pública. Também sem fundamentar, sugere que sejam modulados os efeitos, nos termos do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, para que se evitem "prejuízos desproporcionais". Também sem oferecer boas razões para essa escolha, fixa como marco inicial para produção de efeitos a data de 31/12/2004.⁸⁹

Acompanhado pelo Min. Eros Grau, o Min. Marco Aurélio, por sua vez, acredita que não estaria sendo respeitado nenhum dos pressupostos legais da modulação.

⁸⁹ ADI 3.022/RS, pp. 13 e s.

Isso porque “não há que se cogitar (a seu ver) de segurança jurídica, nem de excepcionalidade, tendo presente o interesse social”.⁹⁰ O Min. Sepúlveda Pertence acredita que não haveria repercussões no passado, uma vez que não se questionariam as defesas realizadas em processos já encerrados, o que resultaria na anulação destes. No entanto, concorda com a modulação para que sejam mantidas as defesas em processos ainda em trâmite.⁹¹

De modo contrário, o Min. Gilmar Mendes propõe seja fixado termo inicial até o final do ano, para que o governo daquele Estado possa providenciar Procuradores que substituíssem os Defensores Públicos nas defesas por eles assumidas. Assim, acredita que, neste período, também o legislador teria tempo suficiente para disciplinar a matéria da maneira adequada.⁹²

Tribunal, por maioria, modulou os efeitos para dar efetividade à decisão a partir do próximo ano, ou seja, a partir de 31/12/2004, vencidos os ministros Marco Aurélio e Eros Grau. Nesse caso, aparentemente, a corte considerou restar violada a segurança jurídica daqueles que teriam suas defesas prejudicadas nos processos já em curso.

MC 2.859/SP – Operação Urbana Centro

O caso diz respeito a uma lei do Município de São Paulo que institui política urbanística conhecida como “Operação Urbana Centro”, que havia sido declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça daquele Estado. Isso porque os dispositivos impugnados delegavam ao executivo municipal poderes para estabelecer normas de zoneamento e ocupação do solo, o que, pela constituição estadual (que, praticamente, reproduz o artigo 182 da CF) é prerrogativa exclusiva da Câmara de Vereadores, uma vez que a lei é o único instrumento de realização da política urbanística. O Município recorre da decisão para que lhe seja atribuída eficácia *ex nunc*, de modo que produza efeitos, mais especificamente, após seu trânsito em julgado.

Neste caso, a decisão, em si, trata somente da questão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em decisão do tribunal estadual. O relator, Min. Gilmar Mendes, retoma argumentos trazidos no Agravo

⁹⁰ ADI 3.022/RS, pp. 37 e s.

⁹¹ ADI 3.022/RS, p. 35.

⁹² ADI 3.022/RS, pp. 36 e s.

Regimental julgado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que concedeu efeito suspensivo. Nesse sentido, afirma que a declaração de inconstitucionalidade da lei, editada há 6 anos, traria graves prejuízos para a administração pública, tendo em vista os contratos de fornecimento e prestação de serviço já firmados com empreiteiras, e que ainda estariam em andamento. Dessa forma, por considerar presente o *periculum in mora*, a corte acolhe o pedido, aplicando o art. 27, da Lei n. 9.868/99. Determina, assim, que a decisão do tribunal estadual tenha eficácia apenas *ex nunc*.

Os demais ministros se mostram favoráveis com relação aos termos da liminar concedida, bem como às razões aduzidas pelo relator. Todavia, votam por não referendar a liminar os Min. Marco Aurélio e, parcialmente, o Min. Sepúlveda Pertence.

HC 82.959/SP – Progressão de regime e crimes hediondos

Trata-se da declaração incidental de inconstitucionalidade da vedação legal à progressão de regimes em casos de condenação por crime hediondo – artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90. Por entender que há ofensa à garantia constitucional de individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI da CF), a corte fixou nova inteligência ao dispositivo constitucional, procedendo ao que eles chamam de “evolução jurisprudencial”.⁹³ Assim, o tribunal estende a individualização da pena também à sua fase de execução, não se esgotando na mera fixação da pena (em concreto) no processo de cognição.

O primeiro a tratar da questão da modulação de efeitos é, novamente, o Min. Gilmar Mendes. Ele afirma considerar todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da lei de crimes hediondos poderia trazer no campo *civil, processual e penal* – sem, no entanto, discorrer sobre o que, especificamente, seriam essas repercussões –, para concluir que sejam limitados os efeitos da decisão (*ex nunc*).⁹⁴ Todavia, o ministro aduz que suas preocupações dizem respeito principalmente à responsabilização civil do Estado.

Segundo ele, o elemento decisivo para a adoção, *in casu*, da modulação de efeitos é o fato de que o tribunal estaria alterando seu antigo entendimento,

⁹³ Cf. a ementa do acórdão.

⁹⁴ HC 82.959/SP, p. 146.

configurando o que ele chama de “mutação constitucional”.⁹⁵ Dessa forma, ao rever sua jurisprudência, o STF não poderia negligenciar a boa-fé e a legitimidade das execuções penais em regime totalmente fechado. Nas palavras do ministro, isso ensejaria a necessidade de declarar a inconstitucionalidade com eficácia restrita, uma vez que essas sentenças condenatórias “não eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas”.⁹⁶

Nesse sentido, o tribunal estaria obrigado a tratar de modo diferenciado esses casos, uma vez que sempre adotou a posição contrária àquela revista no presente caso. O ministro atribui à questão o nome de “*overruling*”, expressão freqüentemente utilizada no constitucionalismo norte-americano para designar os casos em que a Suprema Corte modifica seu entendimento sobre determinada matéria, revisando o precedente. Trata-se de uma das hipóteses em que a corte daquele país considera cabível a modulação temporal dos efeitos da decisão, para que não atinja os casos anteriores, com base na jurisprudência reformada.⁹⁷

A Min. Ellen Gracie, se opondo à solução proposta, acredita que, como também ocorre no caso do direito norte-americano, a modulação só é permitida se os efeitos da decisão também se aplicarem ao caso concreto que suscitou a discussão. Em outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade, no controle concreto, somente possui substrato válido se for aplicável ao caso, ou seja, ela está condicionada à aplicação ao caso concreto que provocou o exame da questão por parte do tribunal.⁹⁸ Isso não aconteceria na hipótese em comento, pois, caso as sentenças já publicadas fossem resguardadas da nova interpretação, igualmente não seria possível “salvar” a sentença do presente caso, uma vez que os julgadores também se encontrariam na mesma situação.

Além disso, acrescenta a ministra que essas soluções americanas se aplicam somente a um sistema exclusivamente difuso, o que não seria o nosso caso. Conclui dizendo que modular os efeitos decorreria somente de um voluntarismo a que o tribunal não estaria autorizado a fazer, uma vez que a delimitação da eficácia não pode ser fruto do mero decisionismo da corte. A seu ver, seria extremamente arbitrário que a corte pudesse “escolher”, “selecionar” pela

⁹⁵ HC 82.959/SP, p. 110. Anteriormente, o tribunal já havia se pronunciado diversas vezes, atestando a constitucionalidade da proibição de progressão de regimes. Cf., por exemplo, HC 69.657/SP e HC 85.687/RS.

⁹⁶ HC 82.959/SP, p. 146.

⁹⁷ Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 743.

⁹⁸ HC 82.959/SP, p. 161

conveniência, quais os réus que seriam beneficiados retroativamente pelo seu novo entendimento.⁹⁹

O Min. Carlos Britto, por sua vez, reconhece haver casos nos quais a extirpação normativa também se mostra agressiva à própria constituição, mais precisamente, a alguns valores por ela protegidos.¹⁰⁰ Acompanhando o Min. Gilmar Mendes, acredita que, com base na declaração de inconstitucionalidade com efeitos irrestritos, seria possível, em tese, que os condenados que cumpriram a pena em regime integralmente fechado pleiteassem reparação de dano perante o poder público. A própria constituição, na visão do ministro, cogita de responsabilidade civil do Estado por erro judicial ou prisão excessiva.¹⁰¹

Para rebater esse argumento, o Min. Marco Aurélio sugere que sejam emprestados à declaração de inconstitucionalidade os efeitos *ex tunc*, exceto apenas sob o ângulo patrimonial.¹⁰² Na mesma linha, o Min. Sepúlveda Pertence acrescenta que não consegue divisar conseqüências penais dessa modulação de efeitos. Afirma, destarte, que a decisão teria, no máximo, conseqüências na esfera patrimonial e civil, pois a negativa de progressão se fundava em jurisprudência já consolidada.¹⁰³

Ao final, o tribunal, em votação unânime, modulou os efeitos da decisão de modo que não gerassem efeitos às penas já extintas naquela data. Aparentemente, a existência de um relevante interesse social se assenta no receio da corte de que fossem ajuizadas ações de reparação de danos em vista das penas que foram cumpridas integralmente em regime fechado por conta de decisões anteriores que consideravam regular o dispositivo legal.

MS 26.604/DF – Fidelidade partidária

Trata-se de mandado de segurança contra ato da presidência da Câmara dos Deputados, que negou ao partido requerente o pedido de declaração de vacância de cadeiras obtidas pelo mesmo em pleito proporcional, dos quais os parlamentares haviam pedido desligamento, ou trocado de partido. O pedido tem

⁹⁹ HC 82.959/SP, p. 162.

¹⁰⁰ HC 82.959/SP, pp. 202 e s.

¹⁰¹ HC 82.959/SP, pp. 171 e 215.

¹⁰² HC 82.959/SP, p. 215.

¹⁰³ HC 82.959/SP, p. 209.

por base a resposta do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) à consulta n.º 1.398/2007.

O STF entende que a fidelidade partidária seria corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente. Mas, a licitude da desfiliação a impediria de ser tratada como hipótese de cassação do mandato. No entanto, também a infidelidade também apresenta consequência jurídica, qual seja, provoca a perda automática do cargo, o que seria sacrifício do direito pelo eleito, e não sanção por ato ilícito. Dessa forma, seria direito do partido manter o número de cadeiras obtidas na eleição proporcional.

O Min. Gilmar Mendes afirma tratar-se de um caso típico de mutação constitucional, e acrescenta que, nessas hipóteses, a corte tem apontado no sentido da necessidade de modular os efeitos de sua decisão com base em razões de segurança jurídica. O escopo, segundo ele, seria o de preservar os jurisdicionados em casos de alteração jurisprudencial sem que ocorra mudança formal do texto constitucional. Cita os precedentes em que a Corte entendeu de forma contrária, dentre eles, o MS 20.927/DF.¹⁰⁴

Para complementar sua argumentação, traz exemplos do Tribunal Constitucional Alemão, em que a mudança de orientação jurisprudencial motivou um excepcional afastamento do princípio da retroatividade, em razão da possível criação de problemas para a administração da justiça. Nessas hipóteses, caberia ao tribunal atribuir eficácia prospectiva a suas decisões em vista da insegurança jurídica que a retroatividade do *dicisum* poderia ocasionar. Acompanhado pela Min. Ellen Gracie, escolhe como marco temporal para a modulação a data de publicação da resposta à consulta 1.398/2007, a partir do qual a decisão passará a produzir efeitos.¹⁰⁵

O Min. Marco Aurélio, demonstrando concordar com a modulação, acredita que ela estaria justificada em virtude da alteração jurisprudencial que ocorre, o que foi feito em âmbito administrativo, por conta da consulta apresentada ao TSE. Assim, determina como termo inicial a data do presente julgamento. Porém, o ministro reconhece que, ao fixar termo inicial para eficácia da decisão, estaria o

¹⁰⁴ MS 26.604/DF, p. 300.

¹⁰⁵ MS 26.604/DF, pp. 315 e 329.

tribunal atuando como legislador positivo, dizendo a partir de quando a constituição teria concretude, o que lhe seria completamente vedado.¹⁰⁶

Em debate que se segue, discutem-se o termo inicial, bem como a adesão à modulação de maioria qualificada. Gilmar Mendes intervém para dizer que não há que se cogitar da aplicação do artigo 27 da lei de ADI – o que significaria a diminuição do quórum necessário para modular –, haja vista que se trata da fixação de novo entendimento por parte da corte. Nas palavras do ministro, tratar-se-ia apenas de um critério de publicidade, não há outra justificativa para a escolha do termo inicial da “nova regra constitucional”.¹⁰⁷

Tribunal, por maioria, modulou os efeitos para dar eficácia à decisão a partir da data da resposta do TSE à consulta n.º 1.398/2007, em 23 de março de 2007. Justifica a modulação na ementa, invocando razões de segurança jurídica, em vista da mudança/evolução jurisprudencial e ausência de mudança na legislação.

ADI 3.819/MG – Provedimento no cargo de servidor público sem concurso prévio

O caso consiste na declaração de inconstitucionalidade de leis do Estado de Minas Gerais do ano de 2003, que cuidavam do provedimento e da investidura na carreira de Defensor Público, Assistente de Penitenciária e Analista Judiciário por meio de transposição de servidores públicos ocupantes de cargos de naturezas distintas. Isso se deu, contudo, sem a realização de prévio concurso público específico para aquelas funções, o que importaria a violação ao artigo 37, inciso II, que remontaria aos princípios republicanos, e, de maneira específica com relação à DP, do §1º do artigo 134, ambos da Constituição Federal.

Com a pronúncia da nulidade da lei estadual, a consequência imediata seria a exoneração dos nomeados, ou sua recondução aos cargos para os quais haviam prestado concurso próprio. Tendo em vista esse resultado, o Min. Eros Grau (relator) traz proposta ao plenário no sentido de modular os efeitos da decisão sobre a inconstitucionalidade. Isso porque, segundo o ministro, a Defensoria Pública atuaria de modo precário naquele estado, por conta, dentre outros motivos, do reduzido contingente, situação que seria agravada com o afastamento de parte dos seus membros atuais.¹⁰⁸

¹⁰⁶ MS 26.604/DF, p. 323.

¹⁰⁷ MS 26.604/DF, pp. 330-333.

¹⁰⁸ ADI 3.819/MG, pp. 41 e s.

Além disso, haveria o fundado risco de que os efeitos *ex tunc* estendessem a nulidade às defesas dos assistidos, realizadas nos processos judiciais em que os defensores atuaram. Dessa forma, sugere, inicialmente, que a decisão tenha efeitos para daqui a dois ou três anos, tempo que ele considera hábil para a reorganização das atividades da instituição em Minas Gerais, através da realização de devido(s) concurso(s) público(s). Mediante a modulação da decisão, para que ela produza efeitos somente a partir de dois ou três anos, a situação dos defensores que não fizeram concurso se manteria precária, de modo que ao término do prazo, eles deveriam ser exonerados, já que sua situação irregular não seria convalidada.

Para reforçar sua proposta, o relator procurar traz alguns dados concretos para embasá-la. Desse modo, afirma que um terço dos quadros da Defensoria Pública seria exonerado, o que representaria grave risco para as classes baixas, que seriam únicas prejudicadas. Além disso, ele fundamenta sua proposta de modulação na preocupação em garantir o princípio da *continuidade do serviço público*. Nesse sentido, ele questiona, ao final, de forma lacônica se “consideramos ou não consideramos a realidade”.¹⁰⁹

A isso, a Min. Cármen Lúcia e a Min. Ellen Gracie acrescentam que o desfalque no contingente de defensores prejudicaria a prestação do serviço de assistência judiciária e, desse modo, a própria realização da *garantia fundamental* de acesso à justiça (artigo 5º da CF).¹¹⁰ O Min. Carlos Britto, por sua vez, compara a Defensoria Pública a outros serviços públicos que garantem a realização de direitos sociais como a saúde e a educação. Ressaltando seu caráter “excepcionalíssimo”, também fixa em dois anos o termo inicial da produção de efeitos.¹¹¹

Há uma grande discussão com relação à manutenção temporária dos defensores com investidura precária. O Min. Cezar Peluso e o Min. Joaquim Barbosa acreditam que a modulação se daria ao arrepio da lei, bem como reputam certa leniência da corte em matéria de funcionalismo público.¹¹² Dessa forma, não concordam com o tempo de sobrevida sugerido pelo relator.

¹⁰⁹ ADI 3.819/MG, p. 61.

¹¹⁰ ADI 3.819/MG, pp. 45-51 e 96.

¹¹¹ ADI 3.819/MG, p. 60.

¹¹² ADI 3.819/MG, p. 42.

Eles não vêem sentido na suspensão da regra do concurso especificamente para 125 pessoas que, segundo eles, se encontrariam naquela situação, haja vista que o percentual de 20% a ser exonerado poderia ser suprido por meio de *contratação temporária*, reconhecido o caráter de urgência. A relevância da assistência prestada pela Defensoria Pública não seria suficiente para que se afastasse o interesse público, no sentido do princípio da impessoalidade (republicanismo).¹¹³ Segundo esses ministros, tal solução seria mais constitucional que a manutenção, ainda que temporária, dos servidores investidos precariamente, pois prescindiria de modulação, considerando que a própria constituição oferece solução precisa para a questão (artigo 37, inciso IX da CF), em situações emergenciais.

Min. Menezes Direito aduz que “se a lei especial autoriza a Corte a dilargar a eficácia da declaração de inconstitucionalidade, (e) se admitirmos, como no meu caso admito, a relevância da Defensoria Pública e os serviços prestados por aqueles que a ela estão se doando, parece-me extremamente razoável que se possa fazer aplicação do art. 27 da Lei n.º 9.868/99”.¹¹⁴ Desse modo, acompanha o relator, inclusive quanto à modulação dos efeitos, para que apresente eficácia apenas 24 meses após a data de publicação do acórdão, período em que deverá ser realizado o concurso para ingresso na carreira.

O Min. Gilmar Mendes concorda com o relator, chamando atenção para a necessidade de sopesar dois princípios de ordem constitucional: a nulidade da lei declarada inconstitucional – princípio não expresso em lugar algum, mas que gozaria de ampla aceitação na história do STF – e a segurança jurídica. Não se trata de escolha, pois, uma vez presente a violação à garantia de segurança jurídica, não resta alternativa à corte a não ser modular os efeitos de sua decisão. Pelo contrário, afirma ser uma “técnica jurídica”, comumente utilizada por quase a totalidade das cortes constitucionais no mundo. Justifica, assim, que a segurança jurídica seria, enquanto princípio constitucional, suficiente para afastar a aplicação do princípio da nulidade, que não é absoluto.¹¹⁵

O que caberia à corte seria apenas avaliar se, no caso concreto, elementos de segurança jurídica e/ou relevante interesse social tendo em vista a

¹¹³ [ADI 3.819/MG](#), p. 76.

¹¹⁴ [ADI 3.819/MG](#), p. 63.

¹¹⁵ [ADI 3.819/MG](#), p. 89 e s.

funcionalidade da Defensoria Pública seriam suficientes para justificar a modulação temporal. Desse modo, crê que a ameaça à funcionalidade do serviço prestado pela Defensoria Estadual, que conta com um efetivo de 700 defensores, incapaz de dar conta da demanda dos mais de 300 municípios do estado, estaria configurada, e justificaria a modulação. No caso, a modulação não seria apenas pertinente, mas, sim, impositiva.¹¹⁶

A despeito de informações conflitantes – trazidas por alguns ministros – e de um impasse na fixação do limite temporal a partir do qual a decisão passaria a produzir efeitos, a corte opta pela modulação. Ao final, o relator traz informações trazidas pelo Governador do Estado após prévia solicitação, e propõe que a modulação dos efeitos seja estabelecida em seis meses, como forma de induzir o consenso no tribunal. Nesse sentido, foi vencido somente o Min. Marco Aurélio, que fixava o termo inicial da eficácia em vinte e quatro meses.

ADI 3.458/GO – Depósitos judiciais

Trata-se de uma lei estadual de iniciativa do poder executivo, criando conta única para os depósitos judiciais e extrajudiciais. A lei foi julgada inconstitucional por, basicamente, dois motivos: em sentido formal, já que a iniciativa era exclusiva do judiciário (artigo 61, §1º da CF); materialmente, pois, mesmo superado o vício de iniciativa, a administração e os rendimentos referentes à conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais cumpre, tradicionalmente, ao judiciário estadual – implícito na Separação de Poderes do artigo 2º da CF.

A lei entrou em vigor no ano de 2002, e, desde então, o sistema de conta única para depósitos judiciais e extrajudiciais obedeceu aos procedimentos nela especificados. Desse modo, os efeitos *ex tunc* causariam, na visão do relator, Min. Eros Grau, insegurança jurídica. No entanto, não há demonstração clara, neste ponto, de que o mero decurso do tempo seria fator suficiente para justificar a modulação em nome da segurança jurídica.

Propõe a produção de efeitos a partir de 60 dias após a publicação, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99. Segundo o ministro, tratar-se-ia de tempo hábil à organização do estado de Goiás, no que tange ao recolhimento das custas

¹¹⁶ ADI 3.819/MG, p. 92.

judiciais e extrajudiciais.¹¹⁷ Todavia, tal como ocorre nos casos anteriores, também não resta claro como o ministro chegou a esse prazo de 60 dias.

A Min. Cármen Lúcia acompanha o relator, acrescentando que em jogo estaria também a segurança jurídica do jurisdicionado, e não apenas da entidade.¹¹⁸ O restante do plenário acata a modulação nos termos propostos, sem acrescentar ou alterar a fundamentação.

O Min. Marco Aurélio é um dos poucos a se opor à modulação. Ele problematiza a questão das repercussões mais gerais da decisão. Teme que flexibilizações no campo da modulação, concedendo um determinado período de eficácia do diploma local – como se a constituição, no período, não estivesse em vigor – estimularia as assembleias a elaborar leis flagrantemente inconstitucionais, desejando que a inevitável declaração de inconstitucionalidade não retroaja, de modo que o ato inconstitucional produza, sim, efeitos. Além disso, afirma não ver problema social em obrigar o estado a repor o valor obtido com a administração dos depósitos, destinado a finalidades diversas da lei federal, que é sua reversão para a própria justiça estadual. Não fixa, por isso, numa visão prospectiva, o termo inicial da inconstitucionalidade. Sugere, assim, que a reposição dos valores auferidos seja destinada ao pagamento de precatórios.¹¹⁹

Ao final, a corte modulou sua decisão para que produza efeitos somente após 60 dias contados da publicação do acórdão, tendo sido vencido o Min. Marco Aurélio, que não modulava os efeitos.

ADI 3.660/MS – Destinação das custas judiciais

Cuida de lei estadual que destina custas judiciais a entidades privadas. O STF sustenta que as custas judiciais tratam de espécie tributária (taxas) e que, por isso, devem estar vinculadas a uma prestação específica e individualizável do poder público (artigo 145, II, da CF). Assim sendo, elas teriam a finalidade de custear a atividade jurisdicional prestada pelo poder público, de modo que sua destinação diversa desta teria o condão de desvirtuar sua função, conforme restaria claro no § 2º do artigo 98 da CF, acrescentado com a EC n.º 45, de 2004. Além disso, aduzem que o STF já haveria se manifestado diversas vezes

¹¹⁷ [ADI 3.458/GO](#), p. 15.

¹¹⁸ [ADI 3.458/GO](#), pp. 19 e s.

¹¹⁹ [ADI 3.458/GO](#), pp. 29 e s.

para que os valores recolhidos a título de custas são destinados à receita do Tribunal de Justiça estadual.

Diante do fato de que a previsão constitucional expressa somente veio com a EC n.º 45, bem como tendo em vista razões de *segurança jurídica* e *relevante interesse social* – que ele não especifica –, o Min. Gilmar Mendes, relator, propõe aplicar a modulação do artigo 27, da Lei n. 9.868/99, para limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao período posterior à 2004, ano de promulgação da emenda. Apesar disso, reconhece estar disposto a determinar que tenha efeitos meramente *ex nunc* no caso, com receio de que qualquer outro tipo de decisão provoque sério risco de insegurança jurídica. Isso demonstra sua disposição para estimular o consenso, mas também revela o caráter um tanto quanto arbitrário da modulação, uma vez que o tribunal decidiria em quais casos não se aplicaria a lei viciada.¹²⁰

O Min. Sepúlveda Pertence, que afirma, pelo fato de ter sido editada no ano de 1991, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos poderia provocar uma enxurrada de ações de repetição de indébito por parte dos usuários da atividade jurisdicional, leia-se postulantes e sucumbentes.¹²¹ De acordo com Gilmar Mendes, por outro lado, sua preocupação diria mais respeito à *insegurança jurídica* das entidades que receberam os valores, pois comprometeriam consideravelmente seu patrimônio.¹²²

Inicialmente, o Min. Joaquim Barbosa concorda com a eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade. Após o voto do Min. Marco Aurélio, reformula sua posição, no sentido de negar a modulação, para que não se banalize a questão da prospectividade das decisões do STF.¹²³ Ambos consideram que a situação presente não seria tão grave assim a ponto de ensejar a limitação dos efeitos. Preferem, portanto, reservar essa *técnica de decisão* para questões com maior repercussão no campo social. Além do mais, acreditam que a lei é “flagrantemente inconstitucional”, ou “claramente írrita” em vista da constituição, mesmo antes da previsão expressa advinda com a emenda constitucional de 2004.¹²⁴

¹²⁰ ADI 3.660/MG, pp. 23 e s., e 32.

¹²¹ ADI 3.660/MG, pp. 32 e 35.

¹²² ADI 3.660/MG, pp. 32 e s.

¹²³ ADI 3.660/MG, p. 31.

¹²⁴ ADI 3.660/MG, p. 30.

A dúvida que se impõe, neste caso, é se, de fato, a modulação é necessária, uma vez que se trata de inconstitucionalidade superveniente, com a emenda constitucional de 2004. Nesse sentido, as situações anteriores a isso estariam, de qualquer forma, resguardadas. Diferente seria o cenário em que se considerava inconstitucional desde sempre, mas a emenda veio somente a tornar expresso algo que, aos olhos dos ministros já era implícito. Pelo voto do Min. Gilmar Mendes, ao qual a grande maioria aderiu, o presente caso trataria desta última possibilidade.

Dessa forma, por razões de segurança jurídica e relevante interesse social (artigo 27 da Lei n. 9.868/99), o tribunal houve por bem modular os efeitos para dar efetividade à decisão somente a partir da EC n.º 45, de 31/12/2004. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que não votaram pela modulação.

RE 559.943/RS – Contribuições de custeio da Previdência Social

No caso, questiona-se a constitucionalidade dos artigos 45 e 46, instituídos pela Lei n.º 8.212/91, que fixam em 10 anos os prazos de prescrição e decadência em matéria previdenciária. O problema verificado pelo tribunal é que a questão das contribuições de custeio constitui matéria tributária, o que, pela constituição, seria reservada à lei complementar. O INSS se opõe a isso, recorrendo da decisão do Tribunal Regional Federal da 4º Região, para negar a aplicação dos prazos gerais previstos no Código Tributário Nacional (CTN), de 05 anos. Por unanimidade, o STF julga os dispositivos formalmente inconstitucionais, pois a lei ordinária disciplina tema reservado à lei complementar, reforçando que o CTN, por outro lado, havia sido recepcionado pela constituição com *status* de lei complementar.

O Min. Gilmar Mendes sugere discutir a questão da modulação de efeitos no caso, tendo em vista que a lei federal impugnada é de 1991, o que poderia apresentar alguns problemas. Propõe, dessa forma, a suspensão do julgamento até sessão seguinte, para aguardar quórum suficiente para deliberar sobre a questão. A proposta é rejeitada pelo Min. Marco Aurélio, que defende não discutir

a modulação se, no encerramento da votação, a composição do plenário não o permite. No entanto, os demais ministros concordam com Gilmar Mendes.¹²⁵

Ao se pronunciar sobre a modulação de efeitos, o Min. Gilmar Mendes, também acompanhado pelos demais ministros, motiva sua decisão com a *repercussão negativa* e a *insegurança jurídica* que se poderia ocasionar na presente hipótese. Aqui, ele se refere, principalmente, às inúmeras ações de repetição de indébito que acabariam sendo ajuizadas. Assim, delimita essa decisão, para que tenha efeitos somente *ex nunc*, ressaltando os casos anteriores, em que o pedido de repetição de indébito já havia sido ajuizado. Dessa forma, os valores já recolhidos não deveriam, em princípio, serem devolvidos, desde que não houvessem sido impugnados até a data do julgamento.¹²⁶

O Min. Marco Aurélio se pronuncia contrário à modulação. Afirma que o colegiado já conhece seu entendimento acerca do tema da modulação de efeitos, especialmente em controle difuso (processos subjetivos). Ele vê como problemática a mitigação do ato judicial em termos de guarda da constituição, a ponto de afastar os próprios efeitos reconhecidos. Além disso, aduz que a matéria julgada não é nova, sendo que o primeiro pronunciamento da corte acerca da questão data de 1992. Não haveria, assim, surpresa com relação ao resultado final da votação (nem mesmo para o Fisco). Como a questão já estava pacificada desde então, não há que se cogitar de insegurança jurídica.¹²⁷

Nesse sentido, não haveria razões suficientes que autorizassem a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Cita o caso da alíquota zero do IPI, no qual o tribunal decidiu não modular os efeitos, conforme requereram os contribuintes, já que não haveria insegurança jurídica, pois os pronunciamentos judiciais anteriores, a favor dos contribuintes, ainda não haviam transitado em julgado.¹²⁸ Acrescenta que a repetição de indébito só atingiria os casos em que a cobrança das contribuições de custeio extrapolou o prazo de 05 anos, o que, a seu ver, não teria ocorrido na grande maioria dos casos (mas não traz nenhum dado ou levantamento para comprová-lo).

¹²⁵ RE 559.943/RS, pp. 56 e s.

¹²⁶ RE 559.943/RS, pp. 61 e s.

¹²⁷ RE 559.943/RS, p. 65.

¹²⁸ Cf. RE 353.657/PR, já citado anteriormente.

Conclui que a modulação, no presente caso, viria somente a diminuir, desnecessariamente, a eficácia da Constituição Federal, além de ressaltar que a carga tributária atual já oneraria pesadamente os contribuintes. Ele se revela preocupado, já que, diante de um entendimento já há tempos assentado pelo STF, “não há premissa que leve o tribunal a quase sinalizar no sentido de que vale a pena editar normas inconstitucionais porque, posteriormente, ante a morosidade da justiça, se acaba chegando a um meio termo que – em última análise –, em vez de homenagear a Constituição (...), passa a mitigá-la, solapá-la, feri-la praticamente de morte”.¹²⁹

Todavia, o STF, por maioria – à exceção apenas do Min. Marco Aurélio –, modulou os efeitos para dar efetividade *ex nunc* à decisão, de modo que somente seriam contempladas as repetições de indébito, dos créditos tributários cobrados em virtude do prazo prescricional inconstitucional, desde que houvessem sido ajuizadas até a data de julgamento. Em outras palavras, a limitação dos efeitos não abrange os processos já em curso.

b) Casos em que a modulação foi rejeitada pela Corte

No que tange aos pressupostos materiais da limitação temporal de efeitos, também é possível extrair alguns elementos argumentativos relevantes para a presente pesquisa, através de acórdãos nos quais as decisões sobre inconstitucionalidade não tiveram os efeitos modulados no tempo. De acordo com premissa lançada no capítulo anterior, esses elementos seriam aptos a auxiliar na caracterização da modulação de efeitos da forma com que ela vem sendo tratada pelo STF, no contexto de sua jurisprudência.

Entretanto, como esses acórdãos, na maioria das vezes, abrangem uma discussão relativamente curta e pontual sobre a possibilidade de modulação dos efeitos no caso concreto, optei por analisá-los de forma mais livre. Desse modo, não farei a seguir uma descrição de cada decisão, tal como foi feito no tópico anterior, me permitindo levantar pontos que julgo interessantes e pertinentes para serem discutidos no âmbito deste trabalho, tendo em vista o problema de pesquisa nos limites em que foi proposto no capítulo introdutório.

¹²⁹ RE 559.943/RS, pp. 66 e s.

Conforme mencionei acima, a corte rejeitou a modulação nos recursos extraordinários interpostos pelo Município do Rio de Janeiro por não se tratar de juízo de constitucionalidade, mas, sim, de mera recepção da lei pré-constitucional pela Carta de 1988. Anteriormente, também já foi ressaltado que esse entendimento é motivo de grande polêmica na corte.¹³⁰ No entanto, na visão do relator, Min. Celso de Mello, mesmo que fosse superada a questão da admissibilidade da modulação de efeitos nos casos de juízo negativo de recepção, não haveria elementos fáticos suficientes para justificar seu uso no caso da revogação, pela Constituição Federal, da lei de 1984 que disciplinava a instituição de alíquotas progressivas para o IPTU na capital fluminense.

A alegação do Município era de que a necessidade de restituição dos valores auferidos com a cobrança progressiva do imposto lhe ocasionaria um sério desequilíbrio orçamentário. Todavia, segundo o referido ministro, acompanhado por Gilmar Mendes, não haveria indicação objetiva da extensão do prejuízo a ser suportado pela administração pública local. Os ministros afirmam ser indispensável considerar elementos fáticos para informar o juízo sobre o cabimento da modulação. Nesse sentido, defendem que a municipalidade não sofreu repercussão financeira digna de nota.¹³¹

Em discussão semelhante, o Min. Joaquim Barbosa pondera que consiste em um *truísmo* a afirmação de que os valores arrecadados com a instituição de um tributo irregular foram empregados em finalidades públicas, de uma maneira ou de outra. Portanto, não basta à autoridade apontar a destinação pública do montante arrecadado para justificar a modulação dos efeitos, com vistas a impedir a pretensão dos contribuintes de restituição dos valores arrecadados. Daí a necessidade de se lidar com a questão de maneira cautelosa.¹³²

Ademais, o tribunal já reiterou que a mera distância temporal entre a decisão e a edição do ato impugnado não importa presunção que qualifica aspecto fático capaz de justificar a modulação de efeitos. Desse modo, os ministros afirmam que não se verifica a existência de repercussão econômica que represente

¹³⁰ Cf. item 3.2.1, *supra*.

¹³¹ AI-AgR 582.280/RJ, p. 5.

¹³² AI-AgR 478.721/RJ, p. 6.

“gravíssima lesão à ordem pública ou segurança jurídica, bem como a qualquer outro princípio constitucional relevante para o caso”.¹³³

No caso da isenção tributária do IPI, em que não foi reconhecido direito do contribuinte a creditar-se do imposto que presumidamente seria devido, caso não houvesse isenção, a corte também decidiu por não aplicar a modulação de efeitos. Isso porque não haveria declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, também é questionado se haveria mudança da orientação jurisprudencial da corte, o que, admitidamente, daria ensejo à limitação dos efeitos. No entanto, em vista do curto espaço de tempo entre a decisão anterior e a nova, o tribunal considerou que não estava alterando sua jurisprudência.¹³⁴

Esse tipo de juízo também está presente, por exemplo, quando o Supremo se nega a modular os efeitos de decisão sobre lei que ele qualifica como “flagrantemente inconstitucional”.¹³⁵ Além disso, há outras razões com que o Supremo motiva a negativa de modulação, dentre as quais a ausência de um dos pressupostos formais necessários. Desse modo, ele não modula por força da reserva de plenário, ou quando considera a falta de quórum suficiente para deliberar sobre a questão, quando todos já se pronunciaram sobre a inconstitucionalidade.¹³⁶

Ao recusar a modulação de efeitos, o STF também afirma que isso significa a opção de adiar o exame das situações concretas, escolhendo fazê-lo posteriormente. Assim, eventuais ressalvas quanto à eficácia temporal da decisão sobre inconstitucionalidade poderiam ser discutidas ulteriormente, em casos concretos e individualizados. O Min. Nelson Jobim, pretendendo, nas suas palavras, colocar a questão em termos práticos, defende a necessidade de se equacionar o número de demandas judiciais que teriam origem caso o tribunal conferisse efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* à sua decisão. De modo contrário, o Min.

¹³³ [AI-AgR 582.280/RJ](#), pp. 27 e s.

¹³⁴ [RE 353.657/PR](#), pp. 251 e s.; e [RE 370.682/SC](#), p. 181.

¹³⁵ Cf. [ADI-ED 2.728/AM](#), p. 23; e . Esse argumento também é relativamente comum em votos que negam a modulação de efeitos. Cf., por exemplo, o voto dos ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa na [ADI 3.660/MS](#).

¹³⁶ Cf. [ADI 3.522/RS](#), Rel. Marco Aurélio, DJ de 12.05.2006; e [RE 353.657/PR](#), Rel. Marco Aurélio, DJe de 07.03.2008. Na seção “Jurisprudência – Informativo”, pesquisando-se o termo “Modulação de efeitos”, chegou-se à [ADI 2.949/MG](#), Rel. Joaquim Barbosa, em que não houve a modulação dos efeitos por ausência de maioria. Não há acórdão publicado para o caso, que foi julgado em 10/10/2007.

Gilmar Mendes aduz que isso geraria uma insegurança jurídica muito grande, o que exatamente se busca combater com a modulação.¹³⁷

Por fim, é preciso frisar que, dentre as decisões encontradas nas quais houve debate sobre a modulação no plenário da corte, grande parte não teve a questão analisada por algum empecilho de ordem processual, o que impediria o exame do mérito.¹³⁸ Em geral, essa postura, todavia, pode conduzir a resultados aparentemente contraditórios.

Assim, a Min. Cármen Lúcia, por exemplo, considera que, muito embora as razões apresentadas possam indicar a existência de um *relevante interesse social*, para que determinada decisão seja modulada, rejeita o pedido dos embargos de declaração por carência dos requisitos legais (artigo 535 do CPC). Isso porque a ministra não acredita que a questão configure omissão formal do tribunal, tendo vista que as repercussões negativas da decisão não haviam sido anteriormente alegadas pela parte interessada.¹³⁹

3.2.3 Os resultados da modulação: imposição constitucional ou política judiciária?

Uma vez decidida a questão acerca de seu cabimento ou não no caso concreto, a pergunta que se segue é como a modulação se dará. Em outras palavras, a próxima etapa decisória envolve a determinação do alcance da limitação dos efeitos da decisão no caso concreto. Trata-se de uma decisão que não está necessariamente dissociada do juízo anterior, que conclui pela modulação como forma de contemplar outros interesses que careceriam de proteção.

No entanto, o exemplo da Defensoria Pública de Minas Gerais demonstra que se trata de dois momentos distintos. Nesse caso, foi discutida a fixação de um prazo de “sobrevida” para a provisória manutenção dos Defensores Públicos irregularmente empossados. Evitar um desfalque considerável no contingente de Defensores, sob pena de ver prejudicado o exercício do direito de acesso à justiça daqueles beneficiários da assistência gratuita, não implica uma solução

¹³⁷ Cf., por exemplo, [ADI 3.522/RS](#), pp. 30 e s.

¹³⁸ Isso ocorre muitas vezes quando a modulação de efeitos é requerida via interposição de embargos de declaração, o que não seria pacífico entre os ministros. Cf., por exemplo, [ADI-ED 1.498/RS](#) e [ADI-ED 2.728/AM](#).

¹³⁹ [ADI-ED 2.728/AM](#), pp. 16 e ss.

única ao problema do estabelecimento de um termo inicial para que a decisão produza efeitos.

Conforme vimos no capítulo precedente, alguns ministros do Supremo vêm afirmando que isso seria produto de um “rigoroso juízo de proporcionalidade”, de modo que estaria descartada uma decisão com natureza eminentemente discricionária.¹⁴⁰ De acordo com esse entendimento, mediante a ponderação dos interesses em jogo e de valores de estatura constitucional, seria possível determinar de modo inequívoco quais os limites da modulação temporal de efeitos em cada caso. Nesse sentido, o confronto que caracteriza a proporcionalidade deve levar em consideração os interesses diretamente afetados pela lei inconstitucional, bem como aqueles que, hipoteticamente, seriam sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e repristinatória.

Sob essa ótica, o cotejo dos dois interesses – um, na reafirmação da ordem jurídica, e outro, na preservação de situações consolidadas em nome da segurança jurídica ou de relevante interesse social – seria o caminho necessário a ser percorrido, caso se busque averiguar *se e em que medida* a retroatividade da declaração importa sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de “interesse público de excepcional relevo”.¹⁴¹

Por meio desse raciocínio, o tribunal exprime a idéia segundo a qual a necessidade de proteção da segurança jurídica, tal qual o princípio da nulidade, também não é absoluta. Isso porque ela comportaria diferentes graus de realização. De certa maneira, essa concepção é refletida na jurisprudência do STF, ao constatarmos que a corte vem admitindo a existência de diversas possibilidades de se modularem dos efeitos, sendo que o próprio teor do texto legal também contribui para isso.

Essa questão pode ser mais bem compreendida ao observarmos o artigo 27 da lei de 1999, que permite à corte uma ampla gama de formas de se limitar os efeitos da decisão sobre inconstitucionalidade, conforme a situação concreta o exija. Isso se deve, em certa medida, à flexibilidade conferida à modulação pela

¹⁴⁰ Isso já foi discutido no RE 197.917/SP, quando alguns ministros afirmaram que, naquele caso, um “rigoroso juízo de proporcionalidade” recomendaria a preservação da composição da Câmara de Vereadores de então até o fim daquela legislatura. Cf. item 3.2.2, *supra*.

¹⁴¹ MC 2.859/SP, p. 36.

redação relativamente aberta do dispositivo. Na parte que tange aos resultados, ou seja, à forma que a decisão será modulada, prevê a lei que “*poderá o Supremo Tribunal Federal (...) 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*”.

Analisando a jurisprudência do STF, verifica-se que o tribunal, partindo do texto legal, em certa medida, vago e aberto, já modulou os efeitos de sua decisão de diferentes formas possíveis, que procurei agrupar em quatro categorias principais: (a) *modulação intermitente*, em que os efeitos da decisão retroagem até determinado momento fixado pela corte entre a edição do ato inconstitucional e sua decisão final; (b) *modulação ex nunc*, por meio da qual o tribunal estabelece que a decisão tenha eficácia somente após o julgamento final ou seu trânsito em julgado; (c) *modulação pro futuro*, na qual o Supremo fixa uma espécie de *termo inicial*, em algum momento no futuro, a partir do qual a decisão passa a produzir efeitos; (d) *restrição material*, em que há ressalvas na retroatividade apenas com relação a alguns aspectos da decisão.

No quadro a seguir, procurei empregar essa simples classificação, com a finalidade de tornar mais fácil ao leitor a compreensão acerca da multiplicidade de resultados atingidos com a modulação de efeitos, em virtude da amplitude do texto legal disponível.¹⁴²

Acórdão	Data do julgamento	Teor da decisão	Espécie de modulação
RE 197.917/SP	06/06/2002	Efeitos a partir da próxima legislatura.	<i>Pro futuro</i>
ADI 3.022/RS	02/08/2004	Manutenção da situação até o final do ano, ou seja, a partir de 31/12/2004.	<i>Pro futuro</i>
MC 2.859/SP	03/02/2005	Deferida, em sede de cautelar, efeitos a partir da decisão do Tribunal de Justiça que declara inconstitucional a lei municipal que institui a política de	<i>Ex nunc</i> (a partir da decisão do Tribunal competente)

¹⁴² Chamo de “simples”, pois, ao elaborá-la, não me preocupei com o número reduzido de decisões disponíveis sobre a modulação de efeitos, o que poderia prejudicar uma eventual universalização da classificação, nem procurei criar “categorias mistas”, tendo em vista que a complexidade de algumas decisões (a exemplo do [RE 559.943/RS](#)) dificilmente permitiria inseri-las de modo preciso e inequívoco em apenas uma das categorias propostas. Dessa forma, peço ao leitor que tenha em mente que essa classificação possui finalidade meramente instrumental, ou seja, com o intuito de auxiliar na discussão acerca da multiplicidade de modulações de efeitos que a corte entende possível.

		revitalização do centro – Operação Urbana Centro.	
HC 82.959/SP	23/02/2006	Não retroage às penas já extintas. Atinge somente as ainda em fase de execução. Afasta a retroatividade irrestrita quando há benefício para o condenado, apenas com relação aos efeitos patrimoniais.	<i>Restrição material</i>
MS 26.604/DF	04/10/2007	Reconhece ao impetrante a titularidade dos mandatos obtidos nas eleições de 2006. Mas efeitos de perda por parte dos infieis, somente a partir da data da consulta do TSE, em 27/03/2007.	<i>Ex nunc</i> (a partir da resposta à consulta perante o TSE)
ADI 3.819/MG	24/10/2007	Após 06 meses contados da data de julgamento.	<i>Pro futuro</i>
ADI 3.458/GO	21/02/2008	60 dias após a publicação do acórdão.	<i>Pro futuro</i>
ADI 3.660/MS	13/03/2008	A partir da EC n.º 45, de 31/12/2004, ou seja, entre a edição do ato e o julgamento.	<i>Intermitente</i>
RE 559.943/RS	11/06/2008	Efeitos <i>após julgamento</i> , ressalvadas as ações de repetição de indébito ajuizadas até a data de julgamento.	<i>Ex nunc</i> (a partir do trânsito em julgado)

A despeito da tentativa dos ministros de caracterizar a modulação como uma operação lógica, que dispõe de parâmetros rígidos de racionalidade e objetividade assegurados, o que se encontra nos acórdãos são algumas passagens em que a fixação dos limites da decisão sobre inconstitucionalidade carece de uma fundamentação clara. Isso pode ser mais facilmente verificado nos acórdãos que houve modulação *pro futuro*, já que, nessas hipóteses, não haveria indicação precisa das razões que levaram a corte a escolher, dentre inúmeras possibilidades, um termo inicial determinado para que sua decisão produzisse os efeitos esperados.

Nesse sentido, pode ser apontado como um dos casos mais emblemáticos o da ADI 3.819/MG, relatada acima. Num primeiro momento, não houve acordo sobre o período a ser concedido para que o legislativo estadual pudesse recompor os

quadros da instituição, sem prejuízo para a continuidade ininterrupta do serviço de assistência judiciária gratuita. A proposta inicial, do relator, foi de manter os ocupantes de modo precário por dois anos (24 meses). Entretanto, após longo debate, uma vez que muitos dos ministros discordavam da proposta, foi estipulado o prazo de seis meses, como forma de se obter, nas palavras dos ministros, um “padrão médio de consenso no Tribunal”.¹⁴³

Igualmente problemática foi a fixação do prazo para que o Estado do Rio Grande do Sul regularizasse, por meio de lei aprovada em sua Assembléia Legislativa, a situação dos servidores cuja defesa havia sido inconstitucionalmente atribuída á Defensoria Pública em processos judiciais ainda em curso.¹⁴⁴ Em nenhum trecho do acórdão os ministros demonstram preocupação em justificar a escolha de agosto a dezembro de 2004 como período de transição. Essa mesma carência de adequada fundamentação também pode ser verificada em outros casos. Igualmente, não há indicação dos motivos que levaram a corte a escolher beneficiar os que já haviam ajuizado pedido de repetição de indébito por cobrança de tributos que já haviam prescrevido.¹⁴⁵

Posteriormente, o próprio Min. Gilmar Mendes parece contradizer sua declaração anterior, uma vez que afirma reconhecer que a modulação dos efeitos consistiria na fixação de uma data cuja finalidade seria servir de mero indicativo aos jurisdicionados, nas situações em que a decisão importasse uma alteração jurisprudencial, quer dizer, “trata-se apenas de um critério de publicidade”.¹⁴⁶ Isso pode ser entendido como uma concessão em relação ao entendimento anteriormente esposado por ele, haja vista que ele passa a enxergar na modulação de efeitos também uma função diversa da que preconiza a exclusiva proteção de outros valores constitucionais.

3.3 A modulação de efeitos e seu fundamento constitucional: conclusão parcial

O que pretendo fazer nessa espécie de conclusão parcial é retomar, de forma sintética, os resultados obtidos com a análise das decisões feita nos tópicos anteriores. Em linhas gerais, vimos que os ministros acreditam estar

¹⁴³ Cf. o voto do Min. Eros Grau, ADI 3.819/MG, p. 134.

¹⁴⁴ ADI 3.022/RS.

¹⁴⁵ RE 559.943/RS.

¹⁴⁶ MS 26.604/DF, p. 333.

preservando, por meio da modulação, a boa-fé e, em muitos casos, também o interesse público, em vista da prática de um ato cuja lei que lhe conferiu suporte jurídico era presumida válida e regular pelo agente.¹⁴⁷

De acordo com o que foi visto anteriormente, na visão de alguns ministros, a modulação não consistiria em uma “escolha”, haja vista que, uma vez configurada violação à *garantia da segurança jurídica* ou sacrifício a um interesse de expressivo relevo para toda a coletividade, não restaria alternativa à corte a não ser limitar os efeitos de sua decisão. A justificativa é de que a segurança jurídica – ou *proteção da boa-fé*, em sentido mais específico, como alguns a ela se reportam¹⁴⁸ – seria, enquanto princípio jurídico de caráter igualmente constitucional, suficiente para afastar a aplicação do princípio da nulidade das leis inconstitucionais.

No entanto, não há preocupação em relacionar, no caso concreto, os potenciais riscos da decisão retroativa a nenhum desses “valores de estatura constitucional”. Nos votos, os ministros não procuram conceituar, nem distinguir o que seria violação à segurança jurídica ou prevalência de um ou mais relevantes interesses sociais. Nesse sentido, os ministros invocam, ao votarem, a segurança jurídica e/ou um “interesse coletivo de relevância reconhecida”, de forma genérica e imprecisa, tratando-os como duas categorias que se confundem. Conforme foi possível verificar por meio da leitura das ementas dos acórdãos, também em nenhum dos votos foi possível identificar qualquer raciocínio ponderativo dos interesses em jogo, no sentido em que foi estabelecido no capítulo segundo.¹⁴⁹

Além disso, conforme vimos acima, a corte lançou mão de argumentos que, em muitos casos, se assentavam na idéia de que a modulação deveria ser usada como forma de barrar a multiplicação de processos e demandas que seriam ajuizadas caso o Supremo houvesse proferido decisão com efeitos retroativos. Do mesmo modo que se valer conceitos vagos e abstratos, sustentar que isso decorreria de um fundamento constitucional também é extremamente problemático, em vista da insistente preocupação de alguns ministros em negar que o tribunal estaria fazendo política judiciária.

¹⁴⁷ HC 82.959/SP, p. 198; ADI 3.660/MS, p. 23; e, na linha do voto do ministro Gilmar Mendes, no RE 197.917/SP, pp. 51 e s.

¹⁴⁸ Cf. RE 434.222/AM, pp. 10 e s.

¹⁴⁹ Cf. nota 46, *supra*.

Ademais, cumpre ressaltar outra dimensão funcional que muitos dos ministros procuram atribuir à modulação de efeitos. Nesse sentido, eles acreditam que a corte deveria impor limites à sua própria atuação, como forma de calcar sua decisão numa espécie de estratégia, fundada na utilização cautelosa da modulação de efeitos. Com isso, alegam buscar evitar que a corte incorra em uma banalização do instituto, com todos os riscos inerentes a ela.¹⁵⁰

Para tanto, argumentam expressamente que o recurso à modulação deveria ser poupado para ser acionado naquelas situações em que ele de fato seria *imprescindível*, sem, no entanto, procurar explicar melhor como se caracterizariam tais hipóteses. Isso poderia indicar que, à modulação de efeitos, também é atribuída função que em muito se afasta daquela que a encara como decorrência de uma imposição constitucional, produto de uma rigorosa operação racional, da qual a corte não poderia se eximir.

Com relação aos resultados da modulação, é preciso ressaltar a variedade das discussões e debates travados em cada caso, em torno da fixação de um *termo inicial* para que a decisão produza efeitos. Com relação a esse aspecto, as decisões também apontam para diversas finalidades de se escolher um prazo para limitação da produção de efeitos de uma decisão. Assim, a escolha de um prazo para a limitação poderia ter diversas razões, desde a busca de um *consenso na corte*, até o uso da modulação como mero *referencial* para os jurisdicionados, em casos de mudança na orientação jurisprudencial.

¹⁵⁰ Cf. item 3.2, *supra*.

4. As decisões da corte anteriores à previsão legal de modulação dos efeitos: a limitação dos efeitos retroativos

Há quem afirme que, até o advento da Lei n.º 9.868/99, o STF era provavelmente o único órgão jurisdicional do mundo que não havia feito uso da limitação dos efeitos de suas decisões.¹⁵¹ De modo geral, o intuito principal desse capítulo é observar se essa afirmação, de fato, se sustenta, tendo em vista a jurisprudência do tribunal. Em outras palavras, a questão é saber se o STF, realmente, já havia ou não limitado, de alguma forma, suas decisões no que tange à eficácia temporal, excepcionando a incidência do postulado da nulidade das leis inconstitucionais.

Antes de tudo, cumpre esclarecer que o objetivo desta segunda parte da monografia é simplesmente verificar uma hipótese prévia segundo a qual o STF já havia limitado temporalmente os efeitos de suas decisões, antes mesmo do advento da lei de 1999, que prevê isso de forma expressa. Dessa forma, não procuro abordar todas ou o maior número de decisões que, aparentemente, tiveram seus efeitos modulados na prática. Isso tem duas razões principais: a existência de alguns casos, ainda que esparsos, nos quais a corte houvesse limitado os efeitos de sua decisão, já seria o bastante para comprovar a hipótese preliminar deste trabalho; além disso, trata-se de um breve estudo comparativo, que envolve os elementos argumentativos invocados nas decisões, o que somente poderia ser realizado com mais cuidado caso a análise fosse reduzida a alguns poucos acórdãos.

Em certa medida, já se tornou célebre a jurisprudência do Supremo, firmada na década de oitenta, no sentido de restringir os efeitos da nulidade, para que não abarquem os atos praticados por funcionário público cuja nomeação e investidura se deu por lei posteriormente declarada inconstitucional. Esse entendimento também é conhecido como tese do “funcionário de fato”, haja vista que os motivos apresentados para limitar a retroatividade dos efeitos foram a *aparência de legalidade* e a *ausência de prejuízo* aos envolvidos.¹⁵²

¹⁵¹ RE 197.917/SP, p. 43.

¹⁵² RE 78.533/SP, Rel. Firmino Paz, DJ de 26.02.1982; e ADI 837/DF, Rel. Moreira Alves, DJ de 25.06.1999.

Outrossim, na literatura especializada, e mesmo em alguns acórdãos selecionados, também é costume fazer referência ao precedente RE 122.202/MG, julgado em 10/08/1993.¹⁵³ Trata-se de marco jurisprudencial, haja vista que, reconhecidamente, a corte optou por atenuar os efeitos da decisão que declara a nulidade da lei inconstitucional. No referido caso, o Supremo havia declarado inconstitucional determinada gratificação concedida a funcionário público. No entanto, limitou os efeitos de sua pronúncia, para que não retroagissem ao período de validade inquestionada da lei de origem, uma vez que essas gratificações teriam *natureza alimentar*. Assim, não estariam os funcionários obrigados a restituir ao erário os valores indevidamente recebidos.¹⁵⁴

Tanto a teoria do *funcionário público de fato*, como a idéia de que os *proventos e as gratificações* podem ser considerados exemplos de limitação dos efeitos, anteriores à previsão legal expressa, contida na lei de 1999, sendo que alguns ministros reconhecem isso abertamente em seus votos.¹⁵⁵ Isso porque, em ambos os casos, houve, de algum modo, ressalvas com relação à eficácia *ex tunc* da pronúncia de nulidade da lei inconstitucional. Além disso, a argumentação trazida pelos ministros também se afigura bastante semelhante, no sentido de preservar situações já consolidadas, sem razão alguma para desconsiderar os interesses daqueles que seriam prejudicados com a retroatividade da decisão, observando o princípio da segurança jurídica, consubstanciado na *proteção da boa-fé*.

Um último ponto a ser levantado diz respeito à chamada técnica da decisão de inconstitucionalidade *sem pronúncia de nulidade*, também chamada por alguns ministros de decisão com *apelo ao legislador*. A racionalidade presente nos acórdãos em que se modulam os efeitos é, de certo modo, parecida com a daqueles em que se discute o surgimento de um indesejável vácuo normativo resultante de uma declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Nesse sentido, a

¹⁵³ Cf., por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes, "A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos", *Revista Trimestral de Direito Público* 12 (1995), pp. 19 e ss.; e Daniel Sarmento, "Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis", p. 30.

¹⁵⁴ RE 122.202/MG, Rel. Francisco Rezek, DJ de 08.04.1994, pp. 18 e 30. Há quem acredite, todavia, que o problema restaria solucionado caso a corte houvesse aplicado a idéia de que os proventos possuem natureza alimentar e remuneratória, pelo serviço prestado. Nesse sentido teriam caráter, portanto, indenizatório, tendo em vista que, embora sob a pecha de inconstitucionalidade da lei que lhe deu provimento no cargo, o funcionário de fato prestou serviço à administração. Cf. Daniel Sarmento, "Eficácia temporal", p. 34.

¹⁵⁵ Cf. o voto do Min. Sepúlveda Pertence, no RE 197.917/SP, p. 82; e do Min. Eros Grau, ADI 3.819/MG.

solução dada a esses casos também se revela semelhante, uma vez que em ambos há mitigação dos efeitos da decisão quanto à invalidade do ato normativo impugnado em nome de valores como a segurança jurídica e de um relevante interesse social.¹⁵⁶ Caso seja considerada uma forma de modulação de efeitos, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade também poderia reforçar a idéia de que a limitação temporal das decisões do STF é algo que prescinde da existência de uma previsão legal expressa.

Todavia, aos olhos do STF, as diferenças e similitudes entre essas duas figuras não são tão nítidas assim. Um exemplo disso é o Caso do Município de Luís Eduardo Magalhães-BA. A ementa do acórdão indica que o tribunal se vale da chamada *técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*.¹⁵⁷ Naquela oportunidade, a corte fixou prazo de vinte e quatro meses para que o Congresso Nacional editasse Lei Complementar que regularizasse a criação do referido município. Caso não o fizesse, a decisão entraria em vigor plenamente, com todos os efeitos pretendidos. Isso significa, em termos práticos, que o Município de Luís Eduardo Magalhães, criado irregularmente em 30/03/2000, por ausência de Lei Complementar que disciplinasse a matéria, seria extinto, como se nunca tivesse existido, de modo que todos os atos oficiais, praticados pelas autoridades locais padeceriam de igual nulidade.

No caso, o Min. Gilmar Mendes vota explicitamente no sentido de aplicar a modulação de efeitos nos termos do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99. No entanto, afirma que, ao fazê-lo, não pronuncia a nulidade da lei impugnada pelo período de vinte e quatro meses, que se constituiria, à sua maneira de ver, em "lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual poderá reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados pela lei complementar federal".¹⁵⁸ Na própria ementa da decisão, também é mencionada a excepcionalidade da questão, de caráter institucional e político, aduzindo o tribunal que o princípio da segurança jurídica prosperaria em benefício da preservação do município.

¹⁵⁶ Cf., por exemplo, [ADI 3.689/PA](#), Rel. Eros Grau, DJ de 29.06.2007; e [ADI 2.240/BA](#), Rel. Min. Eros Grau, DJ 9.8.2007. Esse último acórdão, que trata da declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que cria o município de Luís Eduardo Magalhães, em desconformidade com a exigência de lei federal específica, prevista no § 4º, art. 18 da CF, foi utilizado como precedente para outros casos: [ADI 3.689/PA](#); [ADI 3.316/MT](#); [ADI 3.489/SC](#).

¹⁵⁷ Trata-se da [ADI 2.240/BA](#), julgada em 09.05.2007.

¹⁵⁸ [ADI 2.240/BA](#), p. 52. Cf., também, a [ADI 3.819/MG](#), p. 125.

Embora ambos tratem de limitação temporal das decisões do STF, há óbices contundentes para que as duas figuras sejam consideradas idênticas. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, tem seus efeitos simplesmente suspensos, ou seja, a força do postulado da nulidade da lei inconstitucional não é quebrada, ainda que mitigada temporariamente. Por outro lado, caso haja modulação de efeitos, a nulidade ao retroagirá, seja no momento da decisão, seja posteriormente.

De qualquer forma, ainda não está claro se a corte considera isso uma das modalidades da modulação de efeitos, ou uma técnica decisória, que se rege por uma lógica própria, ainda que semelhante, em certos aspectos, à modulação temporal dos efeitos.

5. Conclusões finais

O que pretendi com o estudo da argumentação empregada pelos ministros em cada caso foi verificar se, de fato, o tribunal procura tratar a modulação como uma técnica, uma imposição constitucional. Em outras palavras, o intuito era confirmar se o afastamento da incidência do princípio da nulidade das leis inconstitucionais foi precedido por um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faria prevalecer a idéia de *segurança jurídica* ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. A premissa da análise era que, sempre que o Supremo não demonstrasse, por meio de sua argumentação, que o interesse a ser protegido com a modulação decorreria de um fundamento constitucional, isso seria tomado como um indício de que sua decisão teria contornos de política judiciária.

A tentativa de criar um padrão decisório, afirmando a necessidade de fundamentar constitucionalmente, bem como de desenvolver um juízo de proporcionalidade, como forma de extirpar quaisquer possibilidades de que a decisão seja discricionária, não foi empreendida com sucesso pela corte. Conforme foi visto, salvo em algumas exceções, não foi possível identificar na argumentação dos ministros a preocupação em encontrar fundamento constitucional para a modulação dos efeitos em cada caso concreto. Do mesmo modo, não houve, em nenhum momento, a tentativa de desenvolver um juízo ponderativo, por meio da aplicação do postulado da proporcionalidade. No entanto, mesmo nos casos em que houve fundamentação constitucional para a modulação dos efeitos, o tribunal encontrou problemas em motivar a escolha de um termo inicial para a modulação *pro futuro*.¹⁵⁹

Para tanto, a lei exige que a decisão com efeitos retroativos importe violação à segurança jurídica e/ou contrarie um relevante interesse social. A mera possibilidade de fundamentação constitucional não parece ser suficiente para que a corte deixe de conceituar as duas expressões. A idéia de que a modulação de efeitos permitiria ao STF *preservar outros valores* encontraria, segundo os ministros, fundamento na própria constituição. Entretanto, a conclusão parcial

¹⁵⁹ Nos casos em que argumenta que a defesa processual seria prejudicada com a declaração de inconstitucionalidade, o que violaria o direito de acesso à justiça, com fulcro no artigo 5º da CF. Cf. ADI 3.819/MG e ADI 3.022/RS.

aponta para a falta de consistência nas decisões da corte, seja ao fundamentar a necessidade de modulação dos efeitos, seja ao fixar os limites temporais dessa modulação. Isso, de certo modo, também poderia colocar em xeque a idéia de que o resultado da modulação não seria discricionário.

Nesse sentido, há alguns argumentos colhidos na análise dos acórdãos e que apontariam para a concretização de valores não necessariamente constitucionais. Assim, temos o uso da modulação de efeitos (*pro futuro*) como forma de garantir a publicidade de decisões que gozariam de grande repercussão e que representariam uma alteração na jurisprudência da corte. Ou mesmo a limitação temporal dos efeitos como resultado de um cálculo político com vistas a evitar uma “enxurrada de processos” no Poder Judiciário. Nesses casos, a meu ver, é praticamente impossível sustentar que a modulação de efeitos seria resultado exclusivamente de um “rigoroso juízo de proporcionalidade”.

Além disso, vislumbrar elementos de objetividade nos votos torna-se mais difícil, à medida que alguns ministros tratam da modulação como uma *questão de conveniência*. Exemplos disso são encontrados principalmente nos votos dos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Para eles, muito mais do que necessidade ou *imperativo* de modular os efeitos em determinada situação, a corte dispõe de uma *prerrogativa*, espécie de opção por modular ou não os efeitos da decisão. Dessa forma, haveria casos em que a modulação seria desejável, mas não imprescindível. Assim, os ministros pregam o uso estratégico dessa técnica, de modo que não se estimulem os resultados drásticos, já discutidos anteriormente, de uma eventual banalização da limitação dos efeitos.¹⁶⁰ Em vista disso, a modulação seria, em última análise, uma opção feita pelo tribunal, no sentido de conferir *primazia* a este ou aquele *interesse*. Isso, todavia, não isenta a corte de justificar de maneira clara e aberta os motivos que a levaram a optar por essa ou aquela decisão com relação aos interesses a serem preservados.

A declaração de inconstitucionalidade possui, invariavelmente, efeitos sobre relações jurídicas constituídas no passado, ao tempo em que a lei impugnada se encontrava em vigência. Isso ocorre sempre que o ato normativo tenha produzido resultados práticos no mundo real. Assim, em certa medida, toda

¹⁶⁰ Cf., por exemplo, ADI 3.660/MS, pp. 31-34.

declaração de inconstitucionalidade importa a frustração de alguma(s) expectativa(s) gerada(s) com a edição do ato normativo viciado. Por outro lado, há também ganhos com a realização dos interesses daqueles que se viram prejudicados pela norma inconstitucional, o que justificaria, à primeira vista, o *postulado da nulidade*.

Na verdade, não há problema em se admitir abertamente que a modulação de efeitos envolve um juízo, um cálculo político, tal como a literatura e a própria jurisprudência norte-americanas já o fazem.¹⁶¹ A modulação de efeitos é, nesse sentido, instrumento que permite à corte uma atuação estratégica. De fato, isso já havia sido antecipado pelo Min. Leitão de Abreu, como se pode depreender de sua argumentação no sentido de discutir, em caso já relatado acima, a conversão da idéia da anulabilidade como premissa de trabalho.¹⁶² Além dele, o próprio Min. Ricardo Lewandowski reconhece que a constituição, ao ser silente sobre a eficácia temporal das decisões em controle de constitucionalidade, confere certa margem de discricionariedade ao STF, para modular os efeitos.¹⁶³

Dessa forma, os ganhos obtidos com o maior grau de liberdade decisória podem desvencilhar a corte dos eventuais prejuízos decorrentes da observância irrestrita do princípio da nulidade.¹⁶⁴ Nesse sentido, ganha força o argumento segundo o qual a modulação de efeitos permitiria um aprimoramento do livre exercício da jurisdição constitucional, contribuindo para que o Supremo exerça de forma plena seu papel de guardião da constituição, que, inegavelmente, dá o tom político de sua atuação.

Com relação à segunda parte da análise, foi visto que a limitação temporal dos efeitos, enquanto representa a atenuação do princípio da retroatividade da decisão sobre inconstitucionalidade, não é uma novidade na jurisprudência do STF. Assim, as consagradas teses do *funcionário público de fato* e da percepção de proventos e gratificações com *caráter alimentar* já afastavam o postulado da nulidade antes mesmo da existência de uma previsão legal expressa para isso.

¹⁶¹ Cf. Lawrence Henry Tribe, *American constitutional Law*, p. 30; e RE 197.917/SP, pp. 42 e s.

¹⁶² RE 79.343/BA, pp. 8-11. Tal como admitido no direito norte-americano, o Min. Gilmar Mendes acredita ser possível depreender da argumentação desenvolvida pelo Min. Leitão de Abreu que a limitação dos efeitos decorreria de critérios de conveniência. Cf. RE 197.917/SP, p. 53.

¹⁶³ Cf. o voto do Min. Ricardo Lewandowski, no RE 370.682/SC.

¹⁶⁴ Sobre o argumento de que a modulação de efeitos viabiliza o livre exercício da jurisdição constitucional, cf., na literatura, Vanice Lírio do Valle, "Efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade como técnica garantidora do livre exercício da atualização constitucional", *Revista Trimestral de Direito Público* 38 (2002), pp. 190 e s.

Além do ponto de vista histórico, a previsão legal de modulação de efeitos também não implica um aumento de poder da corte, conforme sustentam alguns, mesmo sob uma perspectiva formal. Isso porque, além de já ter modulado seus efeitos anteriormente, não havia restrição de quórum para tanto, de modo que a decisão que tinha seus efeitos limitados era tomada por uma maioria simples dos membros do plenário. Nesse sentido, a previsão legal deve, *a contrario sensu*, ser entendida como uma redução do poder da corte, que, agora, necessita da concordância de, no mínimo, dois terços de seu pleno (oito ministros) para modular os efeitos finais de sua decisão.

6. *Bibliografia consultada*

ALEXY, Robert. *Teoría dos direitos fundamentais*, (tradução de Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008.

BICKEL, Alexander Mordecai. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed., New Haven: Yale University, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, "A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato, através de lei ordinária", *Revista Dialética de Direito Tributário* 56 (2000), 19-24.

GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo. "Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales", *Revista de Derecho Público* 92 (1989), 5-16.

KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del Estado*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma, 1969.

_____, *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, "A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos", *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* 9 (1994), 75-84.

_____, *Jurisdição constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

PALÚ, Osvaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed., São Paulo: RT, 2001.

RAMOS, Elival da Silva, "Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil", Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento no cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005.

SARMENTO, Daniel, "Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis - o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses", *RDA* 212 (1998), 27-40.

VALLE, Vanice Lírio do, "Efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade como técnica garantidora do livre exercício da atualização constitucional", *Revista Trimestral de Direito Público* 38 (2002), 183-195.

VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

TRIBE, Laurence Henry. *American constitutional law*. 3. ed., New York: Foundation, 2000.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.