



Recebido em 21 ago. 2015.

Aceito em 20 out. 2015.

## UMA ANÁLISE DA MODULAÇÃO *PRO FUTURO* DOS EFEITOS DA DECISÃO COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

*Valéria Cristina Romão Oliveira\**

**RESUMO:** A modulação *pro futuro* foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 9.868/99. De acordo com este instituto, é permitido ao Supremo Tribunal Federal manipular, em situações excepcionais que envolvam segurança jurídica ou relevante interesse social, os efeitos das decisões de inconstitucionalidade das leis. Assim, o presente artigo tem o condão de analisar a necessidade deste instrumento para a efetiva manutenção da ordem jurídica brasileira. Para tanto, utiliza-se do estudo doutrinário e da pesquisa jurisprudencial. Concluindo que a comodidade desse instituto promove, hodiernamente, um processo de banalização da modulação de modo a comprometer a Supremacia Constitucional.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Efeitos da decisão. Modulação *pro futuro*. Lei inconstitucional.

### 1 INTRODUÇÃO

Sob a égide de uma nova ordem constitucional positivada a partir da edição da Constituição brasileira de 1988, o ordenamento jurídico pátrio, na seara do controle de constitucionalidade, passou por inúmeras inovações. Dentre as quais, merece destaque o advento da Lei nº 9.868/99, a qual dispõe sobre o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidades e das ações declaratórias de constitucionalidades.

O artigo 27 da Lei em apreço constitui um poderoso instrumento para o Supremo Tribunal Federal uma vez que legitima a mitigação dos efeitos das decisões declaratórias de

\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 6º período.

inconstitucionalidade. Neste aspecto, cabe salientar que a teoria adotada no âmbito dos efeitos das decisões era, e ainda é, a da nulidade absoluta da lei inconstitucional, de modo que todas as decisões que declarassem a inconstitucionalidade de uma determinada lei deveriam, por força dessa teoria, serem dotadas de eficácia *ex tunc*.

No entanto, a sistemática adotada no artigo 27 proporciona a suspensão dos efeitos da decisão por determinado período de tempo, em decorrência de motivos de segurança jurídica ou de relevante interesse social. Assim, a lei, ainda que declarada inconstitucional, continuará em vigor por prazo determinado, a ser fixado pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe pontuar, contudo, que a modulação *pro futuro* sempre despertou muitas discussões na área jurídica, de modo que até a sua própria constitucionalidade já foi questionada pela Ordem dos Advogados do Brasil em duas ações diretas de inconstitucionalidade. Nesse sentido, o presente artigo tem o condão de abordar o instituto da modulação sob uma nova perspectiva, a fim de verificar se, de fato, a modulação cumpre o seu papel de instrumento necessário à manutenção da ordem jurídica ou se é utilizada apenas por mera comodidade ou simples conveniência.

Para tanto, em um primeiro momento buscar-se-á estabelecer um paralelo entre o processo histórico evolutivo do controle de constitucionalidade do Brasil e as influências do direito estrangeiro no ordenamento jurídico pátrio que culminaram com o advento da Lei nº 9.868/99 e, por conseguinte, da edição do artigo 27.

Em seguida, será abordada a temática da modulação temporal, explorando seu conceito, requisitos de sua aplicabilidade e a problemática em torno deste instituto, para posteriormente, especificar a questão da modulação *pro futuro*, sob o ponto de vista doutrinário. Por fim, objetivando aliar o estudo da doutrina com o entendimento jurisprudencial pátrio, serão examinadas três ações diretas de inconstitucionalidade julgadas recentemente.

Dessa forma, espera-se que o presente trabalho contribua para a formação de um senso crítico a respeito da aplicabilidade da modulação *pro futuro*, de modo que esse instrumento passe a ser compreendido a partir da excepcionalidade que lhe é intrínseca, e não como instrumento aplicável a toda e qualquer situação levada a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

## 2 UM PARALELO HISTÓRICO ENTRE O DIREITO COMPARADO E O DIREITO BRASILEIRO

O processo histórico evolutivo do mecanismo de controle de constitucionalidade das leis brasileiras foi, ao longo dos anos, influenciado pelos sistemas de controle adotados por outros países, de modo que a atual conformação deste instrumento revela-se como um modelo misto, híbrido, resultante da marcante presença dos sistemas norte-americano, austríaco e alemão nos diplomas constitucionais brasileiros. Com efeito, é imperioso compreender como se deu, no Brasil, a atual conjuntura do instrumento de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos mediante breve retrospecto histórico.

## 2.1 O modelo norte-americano e a inserção do controle difuso de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade, em termos de controle jurídico, somente é implantado, no Brasil, quando da Proclamação da República e da adoção da forma federativa de Governo, posto que a Constituição brasileira de 1824, fortemente influenciada pelos ideais liberais franceses, previa amplos poderes ao Poder Legislativo, deixando a seu cargo a fiscalização da constitucionalidade das leis que dele mesmo emanavam. Dessa forma, fala-se, apenas, em controle político de constitucionalidade, uma vez que o seu exercício cabia a Assembleia Geral e, não raro, ao próprio Imperador, haja vista que nessa época vigorava a presença do Poder Moderador (VAINER, 2010, p. 164).

De toda sorte, se durante a vigência da Constituição brasileira de 1824 não se previa nenhum mecanismo de controle judicial de constitucionalidade, com a edição da Constituição brasileira de 1891, o controle de constitucionalidade das leis foi, finalmente, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, e seguindo os moldes do modelo norte-americano, acolheu o controle difuso de constitucionalidade e a teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional (OLIVEIRA, 2008).

Nas lições de Gilmar Mendes (2010, p. 1162), a influência norte-americana no Brasil possibilitou a atuação do controle difuso de constitucionalidade, atribuindo a qualquer órgão judicial, encarregado da aplicação de determinada lei a um caso concreto, o poder-dever de não aplicar essa lei nas situações em que a julgar incompatível com os ditames constitucionais.

No Brasil, a influência norte-americana ainda se faz presente, posto que o controle difuso continua em vigor e a teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional, via de regra, é aplicada produzindo efeitos *ex tunc*. Ademais, em sede de controle difuso de constitucionalidade das leis, a eficácia da decisão se mantém *inter partes* e não possui força vinculante.

## 2.2 O modelo austríaco e a introdução do controle concentrado de constitucionalidade

Por sua vez, a Constituição brasileira de 1934 teve o condão de incluir no ordenamento jurídico pátrio a sistemática do controle concentrado de constitucionalidade, modelo proveniente do sistema austríaco e que possuía como principal expoente o jurista e filósofo Hans Kelsen. Nesse modelo, ao contrário do que acontece no controle difuso, verifica-se a necessidade de se centralizar o poder de decidir acerca da constitucionalidade das leis. A esse respeito, Hans Kelsen (2003, p. 303) afirma que o sistema norte-americano é falho uma vez que:

Diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à própria Constituição.

Ademais, Aline Lima (2008) afirma que a centralização do poder de decidir

acerca da constitucionalidade ou não das leis, proporciona a adoção do sistema de anulação total das normas declaradas inconstitucionais dentro de um determinado ordenamento jurídico, ou seja, o exercício do controle abstrato de constitucionalidade, por não se vincular a uma situação em específico, produz efeitos para todos os casos em que a norma deveria ser aplicada e não apenas para o caso concreto.

No tocante aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no modelo austríaco, o ato normativo é considerado válido até a sua anulação pela Corte Constitucional, nesse aspecto, a norma torna-se ineficaz para todos a partir da publicação da decisão anulatória ou apenas a partir de data estabelecida pela Corte, data esta que não pode exceder o período de dezoito meses (OLIVEIRA, 2008).

No ordenamento jurídico pátrio, o modelo concentrado de constitucionalidade austríaco continua em vigor, acerca desse modelo Walber de Moura Agra (2014, p. 684) preleciona que ele pode ser denominado direto, abstrato ou concentrado. O termo direto é relativo ao julgamento da norma que se dá de forma originária pelo Supremo Tribunal Federal; já o abstrato é decorrente da sua arguição ser realizada independente de qualquer litígio concreto; e, por fim, o concentrado, de acordo com o qual o julgamento das ações diretas de controle de constitucionalidade só pode ser efetuado pelo Supremo Tribunal Federal

Com relação aos efeitos das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, temos que estas possuem: eficácia *erga omnes*; efeitos *ex tunc*; efeito vinculante; e, ainda, efeito repristinatório em relação à legislação.

### **2.3 O modelo alemão e as técnicas alternativas aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade das leis**

O modelo alemão de controle de constitucionalidade teve grande influência do controle concentrado presente no sistema austríaco, contudo, no que diz respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, esse modelo adotou como regra a técnica estadunidense de declaração de nulidade absoluta da lei inconstitucional.

Entretanto, a atribuição de eficácia *ex tunc* pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha passou a ser atenuada na medida em que este Tribunal passou a adotar outras variantes de decisão, além da declaração absoluta de nulidade da lei inconstitucional e da interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido, foram desenvolvidas outras técnicas para a efetiva aplicação da Lei Fundamental, quais sejam: a declaração parcial de nulidade sem redução de texto; a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; e o apelo ao legislador (OLIVEIRA, 2008).

Dentre essas alternativas criadas pelo Tribunal alemão, merece destaque a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, muito utilizada nas situações em que a atribuição de efeitos *ex tunc*, ao ocasionar um vácuo legislativo com a retirada da lei inconstitu-

cional do ordenamento jurídico, afasta, ainda mais, a vontade da Constituição<sup>1</sup>.

No Brasil, essa preocupação com os efeitos da aplicação de eficácia *ex tunc* às leis declaradas inconstitucionais deu ensejo à edição da Lei nº 9.868/99, a qual trouxe a possibilidade de se buscar medidas alternativas ao efeito retroativo no âmbito de controle de constitucionalidade brasileiro.

### 3 A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS

No ordenamento jurídico pátrio, como observado anteriormente, adota-se a regra da nulidade absoluta das leis declaradas inconstitucionais, neste aspecto, todas as decisões que incorriam na decretação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos eram dotadas de eficácia *ex tunc*, o que importa dizer que atribuir eficácia retroativa a todas as decisões do Supremo Tribunal Federal terminou por despertar a preocupação com as possíveis consequências que tal efeito poderia causar sob o ponto de vista prático.

Ora, não se pode ignorar o fato de que declarar a inconstitucionalidade de um determinado artigo impugnado não deve ser tarefa de mera análise textual, do modo que não se pode separar a realidade fática e todas as consequências que dela decorrem. Com efeito, as leis declaradas inconstitucionais outrora regularam as mais diversas relações jurídicas e, sem sombra de dúvidas, atribuir efeitos retroativos ao tempo da edição desta lei pode, em alguns casos, gerar graves consequências para todo o ordenamento (LEITE, 2009, p. 175).

Em igual entendimento, Carlos Wagner Ferreira (2007, p. 175) aduz que:

A lei ou o ato normativo, enquanto não considerados inconstitucionais, podem, na prática, produzir efeitos, às vezes por anos, no mundo fenomênico, gerando no espírito dos indivíduos e da própria sociedade a presunção de validade que servem de premissas para a prática de atos e negócios jurídicos, daí porque a retroatividade pode vulnerar o direito, ante a descontinuidade da disciplina legislativa e a insegurança jurídica.

Nesses termos, a preocupação com o desfazimento súbito das mais variadas relações jurídicas já consolidadas sob a égide da lei inconstitucional, levou ao Supremo Tribunal Federal a adotar certas práticas voltadas à harmonização entre controle das leis com a realidade decorrente da declaração de inconstitucionalidade das leis (LEITE, 2009, p. 176).

A edição da Lei nº 9.868/99, portanto, trouxe uma grande inovação para o cenário jurídico brasileiro, uma vez que legitimou, em seu artigo 27, a possibilidade de mitigar os efeitos retroativos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Desse modo, o Tribunal estaria legitimado a atribuir efeitos *ex nunc*, e até mesmo, *pro*

<sup>1</sup> Hesse, em sua obra “A força normativa da Constituição” descreve que essa vontade é baseada na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbitrio desmedido e disforme. Manifesta-se no entendimento de que a ordem constitucional vai além da legitimação normativa dos fatos e que sua eficácia decorre do concurso da vontade humana. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2015.

*futuro* nas decisões que viessem a gerar efeitos extremamente danosos a todo o ordenamento jurídico, e, sendo assim, seriam preservadas as relações advindas durante o período em que a norma estava em vigor, de modo a proteger a ordem constitucional.

A leitura do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 permite vislumbrar ao menos dois novos aspectos adicionados ao controle de constitucionalidade brasileiro, a começar pela própria legitimação da mitigação dos efeitos retroativos das decisões do Supremo Tribunal Federal e, ainda, a possibilidade de ampliar a fixação do momento de produção dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, uma vez que o artigo 27 foi além da previsão de eficácia *ex nunc*, este dispositivo, inspirado nas técnicas alternativas alemãs, permite a atribuição de eficácia *pro futuro* às decisões<sup>2</sup>.

Nesse sentido, Gilmar Mendes (2010, p. 1446) assinala que nos termos do mencionado artigo, o Supremo Tribunal Federal poderá adotar, em tese, uma das decisões que seguem: a primeira diz respeito à declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*, isto é, declarar a inconstitucionalidade somente a partir do trânsito em julgado da decisão; a segunda seria a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*, a qual implica na declaração de inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos por determinado período a ser fixado na sentença; a terceira consiste na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (restrição de efeitos), por meio da qual se permite a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, se manifeste acerca da situação inconstitucional.

Vale ressaltar que a Lei em comento faz referência ao processo e julgamento apenas das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, a Lei de nº 9.882/99, dispondo sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, traz em seu artigo 11<sup>3</sup> conteúdo amplamente similar ao do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

Ademais, a própria constitucionalidade do dispositivo em comento foi questionada através de duas ações diretas de inconstitucionalidades, quais sejam, as ADIs 2.154<sup>4</sup> e 2.258<sup>5</sup>, ambas argumentavam a inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei nº 9.868/99, dentre eles o artigo 27. Enquanto a ADIn 2.154 alegava ofensa ao artigo 5º, inciso II<sup>6</sup> da Carta Magna, a ADIn 2.258 argumentava pela violação aos preceitos constitucionais que asseguram a Supremacia

2 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.

3 Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.154/DF. Pleno. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. j. 24.09.2001. DJE 02.10.2001.

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.258/DF. Pleno. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. j. 24.09.2001. DJE 02.10.2001.

6 Art. 5º.

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Constitucional, assim, apontava clara afronta ao artigo 1º da Constituição brasileira de 1988<sup>7</sup> e ao princípio da legalidade (art. 5º, I, da CF/88).

Diante da imbricação parcial dos objetos impugnados por essas ADIs, os autos da ação 2.258 foram apensados aos da 2.154, contudo, apesar da natureza e relevância da matéria, a constitucionalidade do artigo 27 ainda não foi debatida pelo Supremo Tribunal Federal. Acontece que, por falta de *quorum*, o julgamento do referido dispositivo foi suspenso na ocasião da sessão do dia 14 de fevereiro de 2007<sup>8</sup>. Já em outra sessão da plenária, realizada em 16 de agosto de 2007<sup>9</sup>, após o voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence pela declaração de inconstitucionalidade desse artigo, a Ministra Cármen Lúcia pediu vista dos autos, de modo que, até o presente momento, não mais houve julgamento desse dispositivo.

#### 4 REQUISITOS DE APLICABILIDADE DO ARTIGO 27

O conteúdo do artigo em apreço exprime alguns requisitos para a sua devida aplicação, sendo um deles de origem formal e o outro de origem material, como veremos a seguir.

##### 4.1 Requisito Formal

Nas lições de Gilmar Mendes (2010, p. 1446), o artigo 27 apresenta em seu conteúdo uma restrição procedimental, ao consagrar a necessidade de um *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados. Assim, entende-se que o Supremo Tribunal Federal somente poderá aplicar o mencionado dispositivo quando da adesão de dois terços de seus membros.

Entretanto, a Constituição brasileira de 1988 exige, em seu artigo 97, o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal para que se possa declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Nesse sentido, parte da doutrina defende que a previsão de um *quorum* de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal representa expressa violação aos preceitos constitucionais.

Corroborando desse entendimento, Paulo Pimenta (2002, p. 100) aduz que o *quorum* previsto no artigo 97, necessário para declarar inconstitucional uma norma, engloba também o âmbito de validade temporal da respectiva norma. Dessa maneira, não pode se falar da sua ampliação, uma vez que o âmbito temporal constitui parte inerente da norma inconstitucional, formando com ela uma unidade incindível. Isso significa que não pode haver dissociação entre

7 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
I - a soberania.

8 Nesta sessão, o julgamento do artigo 27 foi suspenso por falta de *quorum*, ante as ausências ocasionais da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e Carlos Britto; e, impedido o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1807999>>. Acesso em: 12 out. 2015.

9 Decisão: após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (relator), que declarava, no ponto, a inconstitucionalidade do artigo 27 da lei nº 9.868/99, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1807999>>. Acesso em: 12 out. 2015.

o *quorum* de declaração e de mitigação dos efeitos da decisão. Assim sendo, o *quorum* para a produção da norma invalidante e, por conseguinte, de seu âmbito de validade temporal deveria ser somente o previsto constitucionalmente.

Em posicionamento contrário, Ana Paula Ávila (2009, p. 58-59) argumenta que não se pode considerar a literalidade de ambos os dispositivos. Assim, o *quorum* previsto no artigo 97 da Constituição brasileira de 1988 aplica-se, apenas, na declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma ou ato do Poder Público. Até mesmo a Lei nº 9.868/99 reproduz o conteúdo do artigo 97 em seu artigo 23<sup>10</sup>, de modo que essa lei não afronta, em nada, aquela disposição constitucional. Além disso, para a autora o artigo 27 apenas se refere à modulação dos efeitos, etapa posterior à declaração de inconstitucionalidade. Portanto, o referido artigo age no sentido de reforçar, no aspecto formal, a decisão que venha a superar a regra da retroação dos efeitos da decisão.

Diante desses argumentos, prevalece o entendimento de que não poderia a lei ampliar o *quorum* estabelecido para a declaração de inconstitucionalidade, em virtude da necessidade de se modular os efeitos da decisão. Acontece que, se a maioria absoluta dos votos foi no sentido de invalidar o ato normativo, não se percebe motivo para que essa mesma maioria não possa decidir quanto ao alcance dos efeitos de sua declaração.

## 4.2 Requisitos Materiais

Segundo Gilmar Mendes (2010, p. 1446), a regra no ordenamento jurídico brasileiro ainda é a da aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Afastar a sua incidência implica em um rigoroso juízo de ponderação o qual, tendo fundamento no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social relevante.

Aline Lima (2008), por sua vez, destaca que a indeterminação das expressões *segurança jurídica e excepcional interesse social* dão margem para que o Supremo Tribunal Federal entenda ser possível aplicar o instituto da modulação temporal aos mais variados casos, posto que dificilmente uma norma constitucional não se encontrará abrangida por esses requisitos.

Desse modo, se torna essencial deslindar tais termos, nesse sentido, quanto à segurança jurídica, verifica-se que a tarefa se torna menos complexa do que a elucidação do termo “excepcional interesse social”, uma vez que o princípio da segurança jurídica encontra amparo ao longo do próprio texto constitucional<sup>11</sup>.

Nesse contexto, José Afonso da Silva (2009, apud VANOSSO, 1982, p. 433) destaca que a segurança jurídica pode ser entendida como o “conjunto de condições que tornam possível às

10 Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

11 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

peças o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Em síntese, a existência de uma segurança jurídica proporciona o desenvolvimento saudável das relações sociais e jurídicas entre os indivíduos, conferindo uma maior estabilidade nestas relações, sendo o Direito, as leis e códigos, o fundamento e guarida do princípio da segurança jurídica, uma vez que as consequências dos atos praticados em uma determinada sociedade devem estar previstos nestes instrumentos.

Por sua vez, desvendar o significado do segundo requisito demanda maiores dificuldades, em razão da grande imprecisão que transpassa a expressão excepcional interesse social. O problema neste ponto diz respeito a definição do que seria esse interesse social de grande relevância, ou mais precisamente, a falta dela. Ocorre que esse segundo requisito compreende grande abstrativização e, portanto, tende a prejudicar o entendimento do que realmente venha a fundamentar cada caso.

Nesse sentido Ana Paula Ávila (2009, p. 165-166) dispõe que:

É interessante observar que o legislador pátrio preferiu o termo excepcional interesse social a excepcional interesse público. De plano é de se inferir que, se esta parte do dispositivo for considerada válida, através do seu uso deverá ter prevalência o interesse da sociedade – por suposto: a soma dos interesses individuais –, quando contraposto aos interesses do próprio Estado. [...] a modulação de efeitos somente estará autorizada na medida em que contemplar a aplicação de outras normas constitucionais que, pós justificada ponderação, se sobreporiam àquela que foi violada pela lei declarada inconstitucional. Aliás, existentes os fundamentos naquelas normas, o termo torna-se até mesmo dispensável, pois assegurar a supremacia da Constituição já implicaria, naturalmente, a proteção dos efeitos. No entanto, é fato que falece ao excepcional interesse social previsão constitucional que lhe sirva de fundamento.

Desse modo, compreende-se que o excepcional interesse social não deve servir como fundamento para aplicação da modulação temporal. A imprevisibilidade que o permeia termina por entrar em choque com o princípio da segurança jurídica, justamente por não ocasionar a previsibilidade necessária à manutenção da ordem jurídica como um todo, servindo até como fundamento para atos de discricionariedade do Poder Público.

## **5 A MODULAÇÃO *PRO FUTURO* DOS EFEITOS DA DECISÃO**

A modulação temporal com efeitos prospectivos constitui uma das inovações advindas do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Sua aplicação no controle abstrato de constitucionalidade consubstancia-se na declaração de inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento no futuro. Isso significa dizer que a lei, ainda que seja declarada inconstitucional, continuará a vigorar no ordenamento jurídico tendo sua eficácia condicionada ao limite temporal imposto pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre esse limite temporal, Gilmar Mendes (2010, p. 1447) aduz que o artigo 27 da referida Lei teve o condão de garantir ao legislador um período de tempo necessário para a superação do modelo jurídico-legislativo considerado inconstitucional. Dessa forma, o Tribunal deve atentar para essa peculiaridade ao decidir o prazo de eficácia da lei declarada inconstitucional.

Contudo, a atribuição de eficácia *pro futuro* às decisões de constitucionalidade ganha contornos problemáticos quando se verifica a inexistência de limitação temporal a ser respeitada pelo Supremo Tribunal Federal a fim de estabelecer a duração máxima que a norma inconstitucional pode continuar em vigor, ao contrário da Constituição austríaca, a qual estabelece como limite para a fixação dos efeitos o prazo de dezoito meses, contados da publicação da decisão anulatória da lei inconstitucional (OLIVEIRA, 2008).

Além disso, essa modalidade de modulação, não é bem recepcionada pela doutrina. Lenio Streck (2002, p. 544-545), por exemplo, se posiciona extremamente contrário à adoção da modulação *pro futuro* pelo ordenamento jurídico brasileiro, visto que especificar para além do efeito *ex nunc*, ou para alguém do efeito *ex tunc*, outra data para a eficácia da decisão de pronúncia de inconstitucionalidade é conceder arbítrio ao Supremo Tribunal Federal. A possibilidade de modular para o futuro implica no enfraquecimento da força normativa da Constituição, uma vez que a manipulação decorre de fundamentos vagos e de significação ambíguas. Assim, se abre espaço para a arbitrariedade, representando expressa violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

## 6 A MODULAÇÃO *PRO FUTURO* E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Até aqui, o presente trabalho pautou-se em aspetos doutrinários e buscou conceituar e demonstrar a problemática em torno da modulação, a qual não é nenhuma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o instituto da modulação, em vigor desde o ano de 1999, passa, nos dias hodiernos, por um processo de banalização, o que revela a urgência de um novo debate sobre o tema que tenha por enfoque uma análise jurisprudencial.

Desse modo, a seguir serão examinadas duas decisões<sup>12</sup> proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. A escolha dessas ações levadas a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal decorre, justamente, do fato de serem recentes e, desse modo demonstrarem o entendimento atual do Tribunal e como se procede a argumentação dos Ministros acerca da necessidade ou não da aplicação dos efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade das leis.

12 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF. Pleno. Min. Rel. Ayres Britto. j. 11.04.2013. DJE 16.04.2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF. Pleno. Min. Rel. Ayres Britto. j. 11.04.2013. DJE 16.04.2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.900/DF. Pleno. Min. Rel. Teori Zavascki. j. 11.02.2015. DJE 17.04.2015.

## 6.1 Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425

Tendo como objeto de análise o novo regime especial de pagamento de precatórios<sup>13</sup> instituído através da Emenda Constitucional nº 62/09, essas ações declaratórias de inconstitucionalidade alegavam tanto a inconstitucionalidade formal quanto a material de diversos dispositivos dessa Emenda, a qual alterou o artigo 100 da Constituição brasileira de 1988 e acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O julgamento dessas ADIs aconteceu em março de 2013 e foram declaradas parcialmente procedentes, contudo, nesta oportunidade não se pôde prosseguir com a votação acerca da modulação dos efeitos, haja vista a ausência de *quorum*. O Ministro Relator Luiz Fux, em outubro daquele mesmo ano, apresentou a proposta de modular os efeitos da decisão, apontando que:

Embora a decisão da Corte reconheça a nulidade dos referidos dispositivos da EC nº 62/09, é inegável que durante quase quatro anos (i.e., ao longo dos exercícios financeiros de 2010, 2011, 2012 e do corrente ano de 2013), a sistemática juridicamente inválida entrou em vigor e surtiu efeitos, sendo aplicada por diversas unidades federativas brasileiras. Esse quadro fático denota, em primeiro lugar, a existência de situações concretas de certo modo consolidadas com o decurso do tempo. Em segundo lugar, indica que a atual programação orçamentária financeira dos Estados e dos Municípios foi realizada em um cenário jurídico distinto, em que ainda vigorava integralmente a Emenda Constitucional nº 62/09. Em consequência, torna-se imperioso que esta Corte defina o alcance temporal de seu pronunciamento, razão pela qual suscito a presente questão de ordem<sup>14</sup>.

No entanto, apenas em março do corrente ano a questão de ordem acerca da modulação dos efeitos foi encerrada, de modo que, por maioria dos votos, os Ministros concordaram em modular os efeitos com vistas a dar sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/09, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016, considerado o período suficiente para que os gestores públicos, em parceria com a sociedade civil, busquem soluções alternativas e constitucionalmente válidas para a problemática dos precatórios no Brasil.

Interessante notar, nesta decisão, que somente o Ministro Marco Aurélio se opôs à aplicação da modulação, tendo suscitado que:

Todos sabem que sou contra a modulação, ressalto que a modulação implica tornar a Lei das leis, a Constituição Federal, um documento flexível. Estimula a edição de normas inconstitucionais – e esse estímulo ocorre no tocante àqueles que acreditam

13 Este novo regime consistia na adoção de um sistema de parcelamento de 15 anos da dívida, combinado a um regime que destina parcelas variáveis entre 1% a 2% da receita de estados e municípios para uma conta especial voltada para o pagamento de precatórios. Desses recursos, 50% seriam destinados ao pagamento por ordem cronológica, e os demais 50% destinados a um sistema que combina pagamentos por ordem crescente de valor, por meio de leilões ou em acordos diretos com credores. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233520>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

14 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF. Pleno. Min. Rel. Luiz Fux. j. 25.03.2015. DJE 05.08.2015.

na morosidade da Justiça e no famoso “jeitinho” brasileiro. [...] Não sei, Presidente, talvez esteja vivendo tempos que não são os meus tempos, mas vejo com muita preocupação a quadra vivenciada. A modulação hoje é a tônica, modulação que, para se imaginar – se é possível, constitucionalmente, imaginar-se a modulação –, deveria ser exceção, mas está barateada. [...] Voto contra, Presidente, a modulação, ressaltando, mais uma vez, que estou perplexo com o caminhar e com o conteúdo das decisões sob o ângulo desse instituto. Somos guardas da Constituição Federal, mas a ela, como o próprio povo, também estamos submetidos, sob pena de adotar aquela máxima popular “faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço”<sup>15</sup>.

Com base nos argumentos expostos, temos que a modulação *pro futuro*, entendida como instrumento de uso excepcional, não pode ser *barateada*, tal como afirma o Ministro Marco Aurélio, nisso não restam dúvidas. Contudo, não se nega a importância da aplicação do instituto para que as relações jurídicas, que durante quatro anos se consolidaram sob a vigência da Emenda Constitucional nº 62/09, sejam preservadas. Posto que, não modular, nesse caso, acarretaria na imposição a todos os entes devedores do pagamento imediato de suas dívidas, ou seja, uma situação de grave ameaça à segurança jurídica.

Nesse aspecto, entende-se a necessidade de se aplicar um regime de transição, entretanto, como veremos a seguir, as palavras do Ministro Marco Aurélio refletem o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que se tornou constante a hipótese de aplicação da modulação, fato que demonstra uma mecanização desse instituto.

## 6.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.900

Esta ação direta de inconstitucionalidade, ao contrário do caso supra, não foi modulada, no entanto, durante a sessão da plenária acontecida em fevereiro do corrente ano, foi levantada a hipótese de sua utilização, os argumentos e motivos serão demonstrados abaixo.

O Partido Social Liberal, autor da ação, alegava a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º, da Lei nº 11.905/10, do Estado da Bahia, a qual fixava o teto da remuneração dos servidores do Poder Judiciário no Estado em vinte e dois mil reais. Para o Partido, a regra prevista na Lei estadual feria diversos dispositivos constitucionais, em decorrência do vício de iniciativa na edição da norma e do fato de que o subteto remuneratório para os servidores públicos estaduais deveria ser estabelecido na Constituição Estadual, e não por lei ordinária.

A proposta de modular os efeitos partiu da argumentação do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual destacou que:

Eu apenas gostaria de concluir - infelizmente, nesta parte, provavelmente vou perder a adesão do Ministro Marco Aurélio -, mas, preocupado com a questão fiscal, com a questão orçamentária e com a Lei de Responsabilidade Fiscal, eu modulo a minha declaração de inconstitucionalidade para que não haja atrasados. Portanto, eu julgo

15 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF. Pleno. Min. Rel. Luiz Fux. j. 25.03.2015. DJE 05.08.2015.

inconstitucional o subteto que a Lei da Bahia fixou diferentemente do valor do subsídio dos Desembargadores, mas estabeleço que os efeitos deste julgamento se produzirão para frente para não gerar um passivo fiscal, que, nesta conjuntura atual dos estados, pode ser um efeito dramático<sup>16</sup>.

Entretanto, o *quorum* necessário para modular os efeitos não foi atingido, diante da não adesão dos Ministros Teori Zavascki (Relator), Dias Toffoli e Marco Aurélio. O Ministro Dias Toffoli alegou, em suma, que não possuía elementos necessários para tratar da modulação, por sua vez, o Ministro Marco Aurélio alegou que:

[...] quanto à parte final, ou seja, a modulação. Torno a ressaltar que não acredito que número substancial de servidores do Judiciário baiano – e não falo como cidadão baiano que sou – ganhe acima de vinte e dois mil reais. Presumo o que normalmente ocorre, o razoável, e, no caso, tem-se lei que se mostrou, como proclamava Rui Barbosa, irrita desde o início. Toda vez que o Supremo modula decisões, afirmando que até então a Constituição Federal esteve em *stand by*, não produzindo efeitos até o pronunciamento dele, Supremo, estimula as Casas Legislativas, por isso ou por aquilo, até mesmo para sanear o caixa, a editar diplomas afastados da Lei das leis, que é a Constituição Federal, a que todos, indistintamente, se submetem. Presidente, devemos – e nem isso eu faço, mas o Tribunal o faz – reservar a modulação para situações concretas em que haja repercussão da glosa – e diria, sob o ângulo social – extremada. Não se pode generalizar a modulação, sob pena de a nossa Carta deixar de ser rígida e passar a ser flexível, apostando-se, inclusive, na morosidade da Justiça, tendo-se o lançamento, no cenário jurídico normativo – não vou falar frontalmente, porque temos um voto a favor da lei –, de diplomas discrepantes da Constituição<sup>17</sup>.

Por fim, o Ministro Relator Teori Zavascki apontou que a modulação deve ser reservada apenas aos casos excepcionais e que, no caso em comento, apenas uma pequena parcela de servidores ganhavam acima do teto, de modo que os efeitos financeiros seriam inexpressivos. Comprovando esse fato, o Advogado José Saraiva, que estava presente na sessão do pleno, apontou que cento e trinta e um servidores baianos ganhavam, até o momento da decisão, acima de vinte dois mil reais, fato que, do ponto de vista pragmático, não preenche nenhum dos dois requisitos matérias presentes no artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

Como bem se nota, não se chegou a definir qual espécie de modulação seria adotada, se apenas seriam atribuídos efeitos *ex nunc*, isto é, efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença ou se os efeitos seriam prolongados no tempo, com a atribuição da modulação *pro futuro*. Contudo, o que cabe destacar, nesta decisão, é a hipótese de se tentar modular situações que não despertam o excepcional interesse social ou que não acarretem em grave insegurança jurídica.

A esse respeito, Jorge Octávio Galvão (2015) afirma que as decisões acerca da limita-

16 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.900/DF. Pleno. Min. Rel. Teori Zavascki. j. 11.02.2015. DJE 17.04.2015.

17 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.900-DF. Pleno. Min. Rel. Teori Zavascki. j. 11.02.2015. DJE 17.04.2015.

ção dos efeitos não podem ter como único esteio as consequências econômicas ou políticas da decisão, de modo que conveniências pragmáticas não devem guiar o instituto da modulação, mas juízos de moralidade política vinculados à correta interpretação do direito vigente.

Isto posto, resta claro que modular os efeitos representa um louvável avanço das técnicas jurídicas brasileiras, em contrapartida revela-se como um forte instrumento atrelado à livre conveniência e oportunidade do Supremo Tribunal Federal, ou seja, se encontra, hodiernamente, reduzido a um mero instrumento de juízo político.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, depreende-se que a preocupação com os efeitos nefastos que a declaração com eficácia *ex tunc* poderia causar no ordenamento jurídico brasileiro acarretou na edição da Lei nº 9.868/1999, a qual introduziu na legislação pátria a oportunidade de aplicação de efeitos *ex nunc* e *pro futuro* às decisões de inconstitucionalidade das leis. Contudo, é cediço que a modulação dos efeitos é instrumento de uso excepcional, devendo ser utilizada apenas nas situações em que, realmente, a eliminação da norma inconstitucional do ordenamento jurídico represente grandes danos à população.

Nessa esteira, modulação *pro futuro* inaugura no cenário jurídico brasileiro um momento de inovação técnico-jurídica, uma vez que foi incorporada no âmbito do controle de constitucionalidade das leis brasileiras uma técnica alternativa a atribuição de eficácia retroativa às declarações de inconstitucionalidade, o que demonstra, neste aspecto, clara influência do controle de constitucionalidade alemão.

Porém, a manipulação dos efeitos da decisão ao mesmo tempo em que representa um poderoso mecanismo de manutenção da justiça e da ordem social, representa, também, uma oportunidade para justificar os arbítrios e discricionariedades do Poder Público. Ora, o que se visualiza nos julgamentos atuais é a sua mera comodidade, à guisa de exemplo, o segundo caso explorado nesse trabalho é apenas um dos vários que são cotidianamente levados ao Supremo Tribunal Federal e que, em sua maioria, a proposta de modulação dos efeitos é reiteradamente levantada pelos Ministros, reduzindo-a a um mero instrumento a ser utilizado sem o necessário exame sob a ótica da proporcionalidade e da razoabilidade que lhe são inerentes.

Por fim, reitera-se que as polêmicas em torno desse dispositivo, ainda que o tornem controverso, não minimizam a evolução que a modulação trouxe para a seara do controle de constitucionalidade brasileiro, posto que, quando usado corretamente, desempenha a função de verdadeiro instrumento de manutenção da ordem jurídica brasileira, uma vez que preserva os efeitos das relações do mundo fático ainda que em detrimento do texto constitucional, consagrando, no Brasil, a ideia de segurança jurídica e do interesse social.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. **Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife: TRF 5ª Região, n. 12, p.155-178, mar. 2007. Disponível em: <<http://www3.trf5.jus.br/downloads/revista%20esmafe%2012%20final.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Supremo ameaça banalizar a modulação de efeitos de suas decisões**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-28/observatorio-constitucional-supremo-ameaca-banalizar-modulacao-efeitos-decisoes>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Rodrigo Costa Rodrigues. Modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 10, n.1, p. 171-190, jan./jun. 2009. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/viewFile/211/240](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/211/240)>. Acesso em: 6 ago. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Aline Lima de. **A Limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil**: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão. Porto Alegre: Edipucrs, 2008. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/frame.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo**,

n. 16, p. 161-191, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=20198>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

## AN ANALYSIS OF *PRO FUTURE* MODULATION OF THE EFFECTS OF THE DECISION AS A MAINTENANCE INSTRUMENT OF JURIDICAL ORDER

**ABSTRACT:** The *pro future* modulation was introduced in the Brazilian juridical order with the edition of the Law nº 9.868/99. According to this institute, the Supreme Federal Court can manipulate, in exceptional situations involving juridical security or relevant social interest, the effects of the laws declared unconstitutional. The present article aims to analyse the need of this instrument for the effective maintenance of the Brazilian juridical order. To do so, is used a doctrinal study and jurisprudential research. Concluding that the convenience of this instrument promotes, nowadays, a trivialization process of modulation which compromises the Constitutional Supremacy.

**Keywords:** Constitutional Control. Decisions effects. *Pro future* Modulation. Unconstitutional Law.