

Os critérios de fixação dos efeitos modulatórios nas leis n. 9.686/99 e 9.882/99¹

Júlio Cesar Goulart Lanes²
Marco Félix Jobim³
Pedro de Menezes Niebuhr⁴.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os efeitos modulatórios da ADIN. 2.1. Objeto. 2.2. Os requisitos para modulação: segurança jurídica e excepcional interesse social. 2.3. Quórum para modulação. 2.4. Os possíveis efeitos modulatórios da ADI 3695-5. Considerações Finais. Referencial bibliográfico.

Resumo: Uma das mais profundas modificações que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu nos últimos anos foi o fortalecimento do controle de constitucionalidade de leis em sua modalidade concentrada, em especial pela possibilidade dada aos Ministros do STF para, analisando o caso concreto, atribuir efeitos modulatórios a decisão, o que deverá ser realizado mediante alguns critérios que serão debatidos neste trabalho.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade de leis – modulação de efeitos – critérios objetivos de fixação.

INTRODUÇÃO.

Este estudo tem o intuito de responder ao leitor quais são os critérios objetivos para a fixação dos efeitos modulatórios nas decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações ditas objetivas, ou seja, sem partes, referentes ao controle concentrado de constitucionalidade das leis.

¹ Trabalho realizado na disciplina do Min. Gilmar Ferreira Mendes no doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

² Advogado. Especialista, mestre e doutorando em Direito.

³ Advogado e professor universitário. Especialista, mestre e doutorando em direito.

⁴ Advogado e professor universitário. Mestre e doutorando em direito.

Tanto a lei n. 9868/99⁵ como a lei n. 9.882/99⁶ trazem, respectivamente, nos seus artigos 27 e 11, a possibilidade de aplicação de efeitos modulatórios em determinados casos. Contudo, em não analisando com seriedade os requisitos para modular os efeitos temporais de uma decisão, poderá incorrer o próprio Poder Judiciário em injustiça, ao beneficiar uns em prol de outros pela escolha da data em que pauta a modulação.

OS EFEITOS MODULATÓRIOS NA ADI.

A possibilidade de modulação dos efeitos temporais nas decisões do Supremo Tribunal Federal nas leis 9.868/99 e 9.882/99 são cristalinas. Contudo, é momento de preocupação, uma vez que, conforme já referido, a modulação feita equivocadamente, pode trazer prejuízos severos a determinada pessoa, em que pese inexistir partes neste controle.

Tamanha é a preocupação que cumpre esclarecer, desde já, que sobre a matéria da modulação dos efeitos temporais da decisão já existem duas ADI ajuizadas no Supremo Tribunal Federal tombadas sob os números 2.154 e 2.258, ainda não julgadas, questionando a inconstitucionalidade da matéria em comento.

⁵ 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.

⁶ 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.

Mas, apesar disso, os efeitos modulatórios⁷ já são uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro⁸, podendo o Supremo Tribunal Federal fazer uma viagem no tempo para conferir quem é prejudicado ou beneficiado pela decisão de inconstitucionalidade⁹.

⁷ BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A garantia jurisdicional da Constituição brasileira: análise e proposta para seu aprimoramento.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009, p. 160. Refere o autor ser a origem da modulação de efeitos um caso julgado nos Estados Unidos: “A força da realidade, todavia, exigiu abrandamentos à teoria, afinal o direito não tem somente uma dimensão lógico-formal, enfrentando, pois, realidades impostas pela dinâmica da vida. Foi justamente a dinâmica da vida que fez que a Suprema Corte dos Estados Unidos passasse a acatar exceções à regra dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, o que teve início a partir do leading case *Linkletter vs. Walker*, em que a Corte reconheceu que a retroatividade ou prospectividade dos efeitos do judicial review poderia ser alterada, dependendo do caso, uma vez que tal questão não seria decorrente de um princípio constante da Constituição, mas fruto da prática jurisprudencial”.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental:** comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007. Assim refere o Ministro do Supremo Tribunal Federal: “O STF já teve a oportunidade de discutir a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 em alguns casos” e continua relatando quais são eles, sendo que “no primeiro, controvertia-se sobre a constitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica n. 222, de 31.3.1990, do Município de Mira-Estrela/SP, que teria fixado seu número de vereadores em afronta ao disposto no art. 29, IV, da Constituição. É que tal disposição prevê que o número de vereadores seja fixado proporcionalmente à população local, observando-se, nos Municípios de até um milhão de habitantes, a relação de um mínimo de 9 e um máximo de 21. Acolhendo proposta formulada em voto-vista por mim proferido, o Tribunal houve por bem consagrar que a decisão de inconstitucionalidade seria dotada de efeito pro futuro”, e continuando sobre o outro caso aponta: “o segundo caso diz respeito à mudança de orientação jurisprudencial a propósito da exigência de recolhimento à prisão para que o acusado pudesse apelar, discutindo vários processos. Embora a matéria ainda esteja pendente de apreciação pelo Plenário, a discussão demonstra que tais casos de revisão de jurisprudência amplamente consolidada no âmbito do Tribunal tornam relevante a discussão em torno dos efeitos da decisão, pois tal mudança certamente repercutirá sobre casos já julgados. Parece que, no aludido caso, o Tribunal encaminha-se para reconhecer que a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei n. 9.034/95 há de ser declarada com efeitos ex nunc”, p. 284-285.

⁹ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade:** modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2009. Para entender este túnel do tempo, a lição do autor é esclarecedora ao comparar com filme de ficção científica muito assistido. Refere: “Ao defender a chamada eficácia retroativa das decisões em controle difuso, o Supremo Tribunal assume o papel de senhor absoluto do tempo das decisões. Assim como no filme *De volta para o futuro*, o personagem vivido nas telas por Michael J. Fox retorna para o passado, para consertá-lo, através de uma máquina criada por um genial cientista, os Ministros do Supremo embarcam nesta inusitada viagem no tempo, retomando discussões já encerradas no passado, com a finalidade de alterar suas conseqüências. No filme, o personagem insatisfeito com o atual estágio de sua vida e com a modesta condição econômica de sua família, decide voltar para o passado, alterando o curso de sua biografia pessoal (e de seus familiares). Ao interferir no curso da história, o personagem, de forma inadvertida, produz inúmeras conseqüências indesejadas (efeitos colaterais), já que a dinâmica dos acontecimentos futuros acaba por ser totalmente alterada. A previsão sobre o que supunha iria acontecer no futuro acaba, no filme, converte-se em tormento para o personagem, já que sua família passa a gozar de alguns benefícios, mas, de outro lado, surgem novos problemas. O personagem, já ao final do filme, dá-se conta de que, muito embora gozasse de uma situação privilegiada – pois sabia de antemão, as origens de sua desgraça e como consertá-la – ainda assim não tinha condições de determinar o final da ‘estória’, p. 34.

Porém, deve-se saber quais os critérios para que essa decisão não cause desigualdades entre os cidadãos que, legitimamente, consagraram seus melhores esforços para que, na vigência da lei, adquirissem direitos e obrigações.

OS REQUISITOS PARA MODULAÇÃO: RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA, EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL E QUÓRUM PARA A MODULAÇÃO.

Tanto a lei n. 9.868/99 como a lei n. 9882/99 são cristalinas ao afirmarem que somente poderá se dar os efeitos modulatórios à decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo quando houver razões de “*segurança jurídica ou de excepcional interesse social*”¹⁰, e que isso seja feito por “maioria de dois terços de seus membros”, demonstrando numa primeira visão que não serão todos os casos em que declarada a inconstitucionalidade deve-se modular os efeitos da decisão.

O que a primeira parte dos artigos se refere é refletido por Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, cujo entendimento aponta que, a cada um dos casos de declaração de eficácia da decisão, os pressupostos que entendem ser necessários para a aplicação da modulação de efeitos mudam. Por exemplo, para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, com efeito *ex nunc*, somente o que deverá ser analisado é a segurança jurídica¹¹. Quando for realizar uma

¹⁰ Op cit, 119. Segundo Eduardo Appio “a segurança jurídica e o excepcional interesse público são os critérios definidos em lei para a modulação dos efeitos da decisão. Não havendo a modulação, os efeitos serão retroativos no controle concentrado e também no difuso (inclusive em matéria penal)”.

¹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999, p. 566: “Assim, tendo em vista razões de segurança jurídica, o Tribunal poderá afirmar a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*. Nessa hipótese, a decisão de inconstitucionalidade eliminará a lei do ordenamento jurídico a partir do trânsito em julgado da decisão (cessação da ultra-atividade da lei)”.

eficácia pro futuro, tanto a segurança jurídica como o interesse social deverão estar presentes¹².

Já o que pode causar maiores controvérsias na questão da aplicação dos efeitos modulatórios seria a previsão de que só podem ser conferidos os efeitos quando 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal assim decidirem.

Refere o artigo 101 da Constituição Federal que “*O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada*”, ou seja, tendo 11 Ministros, deve-se ver com qual quórum pode-se dar viabilidade a modulação de efeitos com 2/3 de seus membros, uma vez que o número ímpar causa a confusão para o cálculo dos 2/3, o que, para fins doutrinários e jurisprudenciais, já não se sustenta, pois já consagrado que para fins de modulação dos efeitos, o número de ministros deve ser de oito

A maioria qualificada de quórum resta evidenciada pela não possibilidade posterior de interposição de recurso contra esta decisão, razão pela qual se necessita de tão diferenciado número de ministros, sem se esquecer que até três deles podem ter discordado com a modulação de efeitos o que, por si só, já geraria certa desconfiança da legitimidade e da força da decisão.

Outra razão para se exigir uma maioria qualificada seria a própria previsão de modificação da legislação via processo legislativo que prevê quórum mínimo para aprovar uma lei, não havendo motivo para que, um tribunal, ao declará-la inconstitucional, também não respeite o mesmo quórum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹² Idem, p. 566: “Outra hipótese (hipótese ‘b’) expressamente prevista no art. 27 diz respeito à declaração de inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento no futuro (declaração de inconstitucionalidade com efeito pro futuro). Nesse caso a lei reconhecida como inconstitucional, tendo em vista fortes razões de segurança jurídica ou de interesse social, continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal. A eliminação da lei declarada inconstitucional do ordenamento submete-se a um termo pré-fixo. Considerando que o legislador não fixou o limite temporal para a aplicação excepcional da lei inconstitucional, caberá ao próprio Tribunal essa definição”.

Diante do que foi exposto, nestas poucas linhas do trabalho, se retira que os critérios objetivos para a modulação dos efeitos temporais da decisão são escassos, uma vez que a lei somente traz como parâmetros para fixação de limites temporais a segurança jurídica e o excepcional interesse social, requisitos estes altamente abstratos, mas divisíveis conforme ressaltaram Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes.

Este paper serve de alerta aos profissionais do direito para o perigo que pode existir numa mal realizada modulação de efeitos. Os critérios objetivos são poucos, restando apenas o subjetivismo do julgador o restante do poder de, em analisando pressupostos altamente abstratos, modular efeitos que poderão ser essenciais na vida do cidadão.

BIBLIOGRAFIA

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2009.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A garantia jurisdicional da Constituição brasileira**: análise e proposta para seu aprimoramento. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2009.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Ação declaratória de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.