

MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS: TÉCNICA PRAGMATISTA DE DECISÃO E PARÂMETROS PARA SUA APLICAÇÃO

TEMPERING THE TEMPORAL EFFECTS OF JUDICIAL REVIEW: A PRAGMATIC TECHNIQUE FOR RULING AND STANDARDS FOR ITS APPLICATION

Teresa Melo

Doutoranda e Mestre em Direito Público (UERJ). Ex-assessora no STF e no STJ. Procuradora Federal.
E-mail: tc_melo@hotmail.com

Recebido em: 04/02/2020
Aprovado em: 27/05/2020

RESUMO: O objetivo do presente estudo é demonstrar que a técnica da modulação de efeitos temporais em controle de constitucionalidade não possui apenas caráter consequencialista, como em geral se afirma, mas se amolda aos demais componentes da matriz pragmatista, a significar que a manipulação temporal de efeitos configura, ao mesmo tempo, técnica consequencialista, antifundacionalista e contextualista de decisão. Não se trata da aplicação do pragmatismo ao processo de tomada de decisão, mas à incidência da matriz pragmatista à escolha do momento da produção de efeitos de uma decisão já tomada. E, justamente em razão de sua essência pragmatista, a modulação temporal de efeitos deve obedecer a certos parâmetros, em busca de institucionalidade e previsibilidade. O estudo propõe alguns parâmetros e limites para a aplicação da técnica da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Pragmatismo. Técnica de decisão. Modulação de efeitos. Parâmetros. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The main goal of this essay is to demonstrate that the technique of tempering the temporal effects in judicial review rulings does not only have a consequentialist character, as is generally stated, but it conforms to the other components of the pragmatism matrix, meaning that the temporal manipulation of effects configures, at the same time, a consequentialist, antifundamentalist and contextualist decision-making technique. It is not about the application of pragmatism to the decision-making process, but about the incidence of the pragmatist matrix in choosing the moment when the decision will go into effect. And, precisely because of its pragmatic essence, the temporal modulation of effects must obey certain standards, in search of officiality and predictability. The study proposes some standards and limits for the application of the effect modulation technique by the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Pragmatism. Temporal effects of judicial review. Standards. Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Modulação de efeitos temporais: uma técnica pragmatista de decisão. 3. Parâmetros para a modulação de efeitos em controle de constitucionalidade: a) tempo decorrido entre a edição da lei declarada inconstitucional e a pronúncia de sua

inconstitucionalidade; b) densidade do impacto na prestação de serviços públicos; c) tipo de vício de inconstitucionalidade identificado; d) alteração, reversão ou oscilação de jurisprudência; e) existência de cautelar deferida; f) existência de vácuo legislativo pior que a situação de inconstitucionalidade. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O emprego do pragmatismo em institutos do direito público não é um tema inédito, embora, em geral, a literatura existente não o veja com bons olhos. Ainda que haja dúvidas fundadas acerca da compatibilização do uso do pragmatismo com a tutela efetiva dos direitos fundamentais¹, a matriz pragmatista – representada pelo (i) antifundacionalismo, (ii) contextualismo e (iii) consequencialismo – pode ser aplicada sem perda de efetividade em alguns outros temas do direito constitucional, como na técnica da modulação de efeitos temporais das decisões em controle de constitucionalidade.

O objetivo do estudo é demonstrar que a técnica da modulação de efeitos em controle de constitucionalidade não possui apenas caráter *consequencialista*, como muitos afirmam sem questionamentos, mas também se amolda aos demais componentes da matriz pragmatista, a significar que a técnica de controle de constitucionalidade é, ao mesmo tempo, *consequencialista*, *antifundacionalista* e *contextualista*. O maior corolário dessa constatação é a necessidade de observância a certos parâmetros prévios, com institucionalidade e previsibilidade, para que seja legitimamente aplicada ao ordenamento constitucional.

Na tentativa de sistematizá-los, partiu-se do estudo dos precedentes do STF que modularam efeitos temporais de leis declaradas inconstitucionais via ação direta de inconstitucionalidade nos anos de 2015, 2016 e 2017, além de outros precedentes paradigmáticos na matéria, buscando delimitar os parâmetros que justificaram a adoção da norma inserida no art. 27 da Lei nº. 9.868/1999 para além das razões de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social”.

Embora o foco tenha recaído no controle de constitucionalidade pela via de ação direta, sede precípua de sua aplicação, o Supremo também modula no tempo os efeitos de suas decisões em outras situações: (i) no controle difuso de constitucionalidade, (ii) na mudança de orientação jurisprudencial (ainda que fora da sede do controle de constitucionalidade) e, até mesmo, (iii) na declaração de *constitucionalidade* de normas. O estudo aqui realizado abrangeu precedentes representativos de todas essas modalidades. Uma nota metodológica final: a pesquisa abrangeu os acórdãos *publicados*, mesmo que outras ADIs possam ter sido julgadas dentro do recorte temporal, mas possuam acórdãos pendentes de publicação².

1 MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS: UMA TÉCNICA PRAGMATISTA DE DECISÃO

A modulação temporal de efeitos em controle de constitucionalidade é técnica de decisão pragmatista³ por excelência, ou seja, nela estão inseridos os três elementos da matriz pragmatista

¹ Ver Jane Reis. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/RS*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 10, número 35, p. 345-369, julho/dezembro 2016.

² Esta é a razão, por exemplo, da não-inclusão na pesquisa do “caso ficha limpa”, analisado pelo STF ao apreciar o RE n.º 929.670/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 01/03/2018.

³ O pragmatismo filosófico repercutiu no direito, sendo certo que dentre as várias concepções jurídicas existentes, o *pragmatismo jurídico cotidiano* de Richard Posner é a que mais encontrou eco entre nós – embora o próprio autor negue que sua teoria corresponda à aplicação do pragmatismo filosófico ao campo do direito. De toda sorte, como

anteriormente referenciados: além de consequencialista e contextualista, é também antifundacionalista. Em linhas gerais, o *antifundacionalismo* refere-se à negação de dogmas e de verdades pré-estabelecidas, ou seja, das “fundações” construídas e reproduzidas sem que necessariamente se verifiquem no mundo real. Por sua vez, o *consequencialismo* diz respeito à análise prévia dos efeitos práticos do ato, da tentativa de antecipação de suas consequências, dentro da concepção de que os atos devem ser medidos pela diferença que produzem no mundo. Já o *contextualismo* cinge-se à ideia de que as decisões devem ter por base o contexto social, histórico, político e cultural em que tomadas, na tentativa de se inserirem na realidade, e não de afastarem-se dela. Na exata síntese de José Vicente Santos de Mendonça, “se não existem *fundações* que justifiquem ou validem conceitos ou teorias, deve-se apreciá-las a partir de suas *consequências*, as quais só adquirem sentido dentro do *contexto* no qual estão inseridas”⁴ (grifo acrescentado).

A matriz pragmatista, dessa forma, amolda-se com perfeição – e *em abstrato* – à norma do art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Não apenas determinadas decisões que modulam efeitos são pragmatistas; vale dizer, o pragmatismo não está apenas no *resultado* da aplicação da modulação de efeitos, mas na própria *essência* da técnica de decisão referente à modulação temporal de efeitos em controle de constitucionalidade. Primeiro por positivar o afastamento do dogma da nulidade da lei inconstitucional (é antifundacionalista), segundo porque, para ser aplicada, exige o estudo do contexto fático, político, social, econômico *etc.* (é contextualista) e, por fim, porque demanda a análise antecipada dos efeitos que a decisão pode vir a gerar, na busca do ponto ótimo entre o fato e a norma (é consequencialista). Assim, se cabe discussão acerca da natureza subsidiária ou principal dos argumentos pragmatistas no momento da tomada da decisão de mérito, certo é que tais argumentos possuem caráter *primordial* quando da análise da possível modulação de efeitos de uma lei declarada inconstitucional.

E, em absoluto, essa associação não fragiliza a supremacia da Constituição. Nem poderia, já que a existência de controle de constitucionalidade pressupõe a supremacia da Constituição, servindo-lhe de fundamento. Não é a supremacia da Constituição que está na balança da ponderação ao se reconhecerem efeitos a normas declaradas inconstitucionais, mas sim os interesses concretos decorrentes do conflito entre normas da própria Constituição: de um lado, aquelas que garantem a segurança jurídica, a proteção da confiança legítima e a isonomia, a legitimar a manutenção (em regra, temporária⁵) dos efeitos concretos de norma declarada inconstitucional. De outro, as normas constitucionais violadas pela lei cuja inconstitucionalidade se reconhece. A restrição temporal de efeitos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, dessa forma, *formaliza* a ponderação de interesses, o que é autorizado pela Constituição, e não reflete em sua supremacia⁶.

teoria normativa, o pragmatismo jurídico cotidiano de Richard Posner é centrado em duas ideias, tal como explica José Vicente Santos de Mendonça: primazia das consequências relevantes (casuísticas e sistêmicas) e razoabilidade, como se o primeiro mandamento do juiz fosse: “decida de modo a produzir as consequências mais razoáveis, consideradas todas as variáveis relevantes” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 57).

⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 38.

⁵ Embora o STF já tenha convalidado, *ad eternum*, os efeitos concretos de normas declaradas inconstitucionais, como no “caso ICMBIO”. Ver STF, Plenário, ADI nº 4.029/AM, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 08/03/2012, publicação em 27/06/2012.

⁶ Nesse sentido: “TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e

A propósito, o dogma de que *lei inconstitucional é lei nula* não fazia sentido sequer antes da previsão do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999, ou desde que o ordenamento brasileiro passou a adotar o sistema misto de controle de constitucionalidade das leis, conforme arguta observação de Ana Paula Ávila. Da possibilidade de uma norma declarada inconstitucional em controle difuso produzir efeitos válidos jamais decorreu a conclusão de que esse modelo de controle negava supremacia à Constituição. Ao contrário, e sem maiores questionamentos, doutrina e jurisprudência continuam a qualificar a inconstitucionalidade de uma lei de acordo com a forma de sua arguição: via controle abstrato é nula, via controle difuso é anulável. Ora, se a “natureza” da inconstitucionalidade da lei varia de acordo com a forma de sua arguição é porque nulidade ou anulabilidade não estão propriamente na sua “natureza”, mas decorrem de uma opção do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade⁷. Também por esse motivo a afirmação de que a modulação temporal de efeitos violaria a supremacia da Constituição não possui fundamento. Tampouco há sentido em sustentar que o pragmatismo ínsito à modulação de efeitos relativizaria a supremacia da Constituição.

O mais importante é que, do reconhecimento da natureza pragmatista da modulação temporal de efeitos decorrem consequências jurídicas relevantes, como a necessidade de participação dos interessados no processo de tomada de decisão, evitando-se subjetivismos. Cortes constitucionais não possuem o equipamento necessário para anteciparem os efeitos sistêmicos de suas decisões, não podendo prescindir, para tanto, da participação dos interessados (partes, requerentes e possíveis *amici curiae*), devendo-se abrir prazo para manifestação quanto aos efeitos que a decisão produz na realidade, mesmo na hipótese de a modulação temporal ter sido objeto de pedido expresso. Em matéria tributária, por exemplo, para convencer a Corte a declarar a inconstitucionalidade da cobrança com efeitos apenas a partir da decisão (seja *ex nunc* ou *pro futuro*), a prática forense revela não ser incomum a fazenda pública apresentar análises de impacto financeiro, muitas vezes em memoriais que sequer são juntados aos autos. Sem a possibilidade de contraditar os dados apresentados, privam-se os interessados do direito de *influenciar* o processo de tomada de decisão. E a sociedade pode deixar de receber a melhor decisão.

Outra consequência jurídica relevante, que decorre da necessidade de atribuição dos pesos jurídicos adequados a cada uma das normas constitucionais que figuram na balança da ponderação, consiste no estabelecimento de parâmetros para a modulação de efeitos no tempo para além dos já estabelecidos na lei, eis que os termos “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” possuem caráter abstrato. A técnica da modulação temporal foi positivada no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade e nele é aplicada por excelência. Se o controle abstrato de constitucionalidade tem por objeto normas gerais e abstratas, que por definição se aplicam a todas as pessoas que se encontram na situação definida pela norma, a decisão constitucional nesse tipo de controle idealmente produzirá efeitos sistêmicos. Essa característica reforça a legitimidade do estudo das consequências da decisão e impõe a abertura dos critérios utilizados para a modulação. Vamos a eles.

os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento. (STF, Plenário, ADI n.º 4.481/PR, Relator Min. Luís Roberto Barroso, julgamento em 11/03/2015, publicação em 19/05/2015).

⁷ De acordo com Ana Paula Ávila a hipótese traduziria uma petição de princípio: “é nulo, porque não produz efeitos e não produz efeitos porque é nulo, ou é anulável porque produz efeitos ou produz efeitos porque é anulável. Como se pretende demonstrar, nulidade e anulabilidade são, intrinsecamente, muito mais parecidas do que diferentes”. Ver ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

2 PARÂMETROS PARA A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As zonas de certeza correspondentes aos efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* há muito deixaram de representar resposta adequada para conformar a decisão acerca do momento do reconhecimento da inconstitucionalidade, que na maioria das vezes deveria ocorrer em pontos localizados entre os extremos da régua temporal. Com o advento da Lei nº 9.868/1999, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo passaram a transitar numa escala que se inicia com o efeito retroativo puro (*ex tunc*), passa pelo efeito retroativo determinado no tempo (*pro praeteriti* – ou alguma data ou circunstância específica no passado), chega no efeito prospectivo puro (*ex nunc*) e termina no efeito prospectivo determinado no tempo (*pro futuro*).

A opção por cada uma dessas modalidades de produção de efeitos temporais depende da análise não apenas das circunstâncias do caso concreto, mas também dos precedentes anteriores da Corte para casos semelhantes. A necessidade de estabelecimento de parâmetros para a aplicação da modulação temporal é ainda mais importante diante do cenário de valorização dos precedentes e de respeito a três finalidades constitucionais dele decorrentes: segurança jurídica, isonomia e eficiência⁸. A partir da leitura de casos em que o Supremo Tribunal Federal procedeu à modulação de efeitos, buscou-se estabelecer parâmetros que justificam a aplicação não retroativa dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Quando se trata dessa matéria, dois julgados do Supremo Tribunal Federal são comumente citados, merecendo descrição mais detalhada: (i) a ADI n.º 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau (“caso do Município Luís Eduardo Magalhães”)⁹ e (ii) a ADI n.º 4.029, Rel. Min. Luiz Fux (“caso ICMBio”).

Estado da Bahia, anos 2000. O Município de Luís Eduardo Magalhães é criado por lei estadual, após realização de plebiscito consultando a população interessada e, no mesmo ano, a constitucionalidade da lei que o instituiria é arguida perante o Supremo Tribunal Federal por meio da ADI n.º 2240¹⁰, sob o principal argumento de que à época da criação do município ainda não havia sido promulgada a lei complementar exigida pelo art. 18, §4º, CF, que deveria estabelecer o período em que novos municípios poderiam ser criados. Nos sete anos que se passaram até que a ADI n.º 2240 fosse julgada pelo STF, além de a lei complementar exigida pelo art. 18, §4º, da CF ainda não ter sido editada, vários atos próprios de um município legitimamente existente foram praticados: eleições para os cargos municipais do Executivo e do Legislativo, promulgação da lei orgânica, instituição e arrecadação de tributos, *etc.* O Ministro Relator Eros Grau entendeu que o município representava uma “realidade fática” e que “consequências perniciosas” seriam

⁸ “(O) respeito aos precedentes e à expansão do papel dos precedentes atende a três finalidades constitucionais importantes: a primeira é a segurança jurídica. Na medida em que os tribunais inferiores respeitem, de uma maneira geral, as decisões dos tribunais superiores, cria-se um direito mais previsível e, conseqüentemente, menos instável. E, hoje em dia, há um entendimento que se generaliza de que a norma não é apenas aquele relato abstrato que está no texto. As normas jurídicas são um produto da interação entre o enunciado normativo e a realidade. Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é. Além disso, essa disseminação do respeito aos precedentes atende o princípio da isonomia, na medida em que evita que pessoas em igual situação tenham desfechos diferentes para o seu caso, o que é, em alguma medida, sempre repugnante para o Direito. E, por fim, o respeito aos precedentes valoriza o princípio da eficiência, porque torna a prestação jurisdicional mais fácil, na medida em que o juiz ou os tribunais inferiores possam simplesmente justificar as suas decisões à luz de uma jurisprudência que já se formou. De modo que sou um defensor de longa data disso que eu costumava chamar de cultura de respeito aos precedentes, e que o Ministro (Teori Zavascki) chamou de efeito expansivo na sua decisão”. Voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso na Rcl 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁹ Outras ações questionaram no STF a criação de municípios sob o mesmo fundamento, tais como: ADI n.º 3.316/MT, Rel. Min. Eros Grau (criação do Município de Santo Antônio do Leste); ADI 3.489/SC, Rel. Min. Eros Grau (Município de Vila Arlete); ADI n.º 3.615/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia (Municípios de Conde e de Alhandra) e ADI n.º 3.689, Rel. Min. Luiz Fux (Municípios de Água Azul do Norte e de Ourilândia do Norte).

¹⁰ STF, Plenário, ADI n.º 2.240/BA, Relator Min. Eros Grau, julgamento em 09/05/2007, publicação em 03/08/2007.

produzidas caso a lei fosse declarada inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal, embora tenha julgado procedente a ADI reconhecendo a inconstitucionalidade da lei estadual por violação do art. 18, §4º, CF, deixou de pronunciar sua nulidade pelo prazo de vinte e quatro meses, haja vista a “força normativa dos fatos”.

O segundo caso emblemático no que diz respeito à modulação de efeitos refere-se à ADI n.º 4.029, da relatoria do Ministro Luiz Fux¹¹, proposta em face da lei federal que criara o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), fruto de conversão de medida provisória, sob alegação de que a medida provisória que deu origem à lei de criação do Instituto não foi examinada pela Comissão Mista de Deputados e Senadores de que trata o art. 62, § 9º, da CF¹², além de não ter atendido aos requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62, *caput*, da CF. Em defesa da norma, a Advocacia-Geral da União alegou que, apesar da ausência de apreciação da Comissão Mista, a medida provisória fora analisada por deputado relator nomeado pelo Congresso Nacional, na forma da Resolução n.º 1º/2002 do Congresso Nacional, que dispensava a prolação de parecer por parte da Comissão Mista, sendo suficiente a elaboração de razões de relevância e urgência por parlamentar relator. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, reconheceu a existência de vício no processo legislativo tendo, por maioria, declarado a inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos, da Resolução n.º 1/2002 do Congresso Nacional, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

A Advocacia-Geral da União apresentou, em seguida, questão de ordem, informando que aproximadamente quinhentas medidas provisórias tramitaram mediante a adoção do procedimento declarado inconstitucional e, das que se encontravam em tramitação à época, outras cinquenta já haviam incorrido no mesmo vício. Assim, para garantir segurança jurídica às normas editadas, submeteu ao Plenário o pedido para concessão de prazo de vinte e quatro meses para que o Congresso Nacional pudesse adaptar o processo de tramitação de medidas provisórias à nova orientação. O Ministro Relator Luiz Fux propôs “uma leve ponderação, que seria a seguinte: a partir de então, de agora, as novas medidas provisórias deveriam se submeter àquele procedimento legislativo constitucional – as novas –; e as que já tramitaram e estão tramitando que sejam consideradas válidas pelo processo que elas seguiram”. A questão de ordem foi acolhida¹³.

Há dois outros casos em que se procedeu à modulação que também merecem destaque: (i) as ADIs n.ºs 4.357 e 4.425, ambas da relatoria do Min. Luiz Fux (“caso dos precatórios”), em cujo julgamento o STF decidiu manter parcialmente, pelo período de cinco anos, o regime especial de pagamento por precatório criado pela EC n.º 62/2009, contatos a partir de janeiro de 2016, além de convalidar todas as compensações, leilões e pagamentos à vista realizados até o dia do julgamento, vedando-se seu uso a partir de então¹⁴. De maneira geral, registrou-se que o modelo especial de

¹¹ STF, Plenário, STF, Plenário, ADI n.º 4029/DF, Relator Min. Luiz Fux, julgamento em 08/03/2012, publicação em 27/06/2012.

¹² Art. 62, § 9º: “Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional”.

¹³ Semelhante solução foi adotada na ADI n.º 5.127, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, que vedou o chamado “contrabando legislativo” na lei de conversão de medidas provisórias. Na ocasião, decidiu-se pela manutenção de todas as leis de conversão fruto da prática, promulgadas até a data do julgamento, inclusive a impugnada naquela ação.

¹⁴ STF, Plenário, ADI n.º 4.357 e ADI n.º 4.425, Relator Min. Luiz Fux, julgamento em 14/03/2013, publicação em 19/12/2013. A modulação foi realizada em questão de ordem nas ADIs n.ºs 4.357 e 4.425, na forma a seguir detalhada: “1. Modulação de efeitos que dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional n.º 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. 2. Conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1. Fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional n.º 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos

pagamento por precatório proposto estaria longe de ser o modelo ideal para tutela de legítimos interesses dos credores, mas não se poderia negar que o modelo anterior era ainda mais perverso. Os ministros ressaltaram que os Estados inadimplentes estão inadimplentes há quinze, vinte anos, ou mais. E as condenações judiciais – que o Judiciário não conseguiu fazer executar nesse período – são condenações ineficazes, porque não existe execução forçada contra a Fazenda Pública; e (ii) o RE n.º 631.240, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (“caso do prévio requerimento administrativo”), cujo pedido foi julgado parcialmente procedente para julgar *constitucional* a exigência de prévio requerimento administrativo a fim de comprovar o interesse de agir para demandar em juízo o pedido de concessão de benefício previdenciário, ocasião em que o Ministro Luís Roberto Barroso estabeleceu uma fórmula detalhada de transição, em razão da prolongada oscilação da jurisprudência sobre a matéria¹⁵. Aqui, portanto, temos um exemplo de modulação da *constitucionalidade* das condições para o regular exercício do direito de ação.

Dos casos narrados é preciso diferenciar as hipóteses em que a decisão do Supremo Tribunal Federal acaba por manter a própria *norma declarada inconstitucional* – passando “por cima” do vício de inconstitucionalidade – daquelas em que a Corte mantém temporalmente apenas os *efeitos concretos da norma* declarada inconstitucional, retirando a norma inconstitucional do ordenamento. A distinção é tênue, mas nas hipóteses em que a norma declarada inconstitucional permanece genérica e abstratamente regendo as situações que nela se enquadrem, apesar da declaração de sua inconstitucionalidade, é bem diferente do caso em que a norma declarada inconstitucional é retirada do ordenamento jurídico, mantendo-se apenas os efeitos concretos com base nela produzidos, por razões de interesse público ou de segurança jurídica. No “caso dos precatórios”, ainda que o STF tenha admitido a continuidade de produção de efeitos pelo prazo de cinco anos após a declaração de inconstitucionalidade da emenda à constituição, a partir daí os dispositivos seriam extirpados do ordenamento. Essa sim é hipótese de modulação de efeitos temporais, na modalidade *pro futuro*.

Diferentemente, o Supremo Tribunal Federal, no “caso ICMBio” e no “caso do contrabando legislativo”¹⁶, não declarou a inconstitucionalidade da própria norma arguida como inconstitucional, mas sim do costume legislativo não compatível com a Constituição que

tributários; e 2.2. Ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. 3. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: 3.1. Consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; 3.2. Fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado. 4. Durante o período fixado no item 1 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT)”. Ver <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4357QO.pdf>, acesso em 22.03.2018.

¹⁵ Confira-se o trecho pertinente da ementa: “Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais”.

¹⁶ Ver nota de rodapé n.º 34.

contaminou o processo legislativo (ou seja, da não criação da comissão prevista no art. 62, § 9º, da CF, ou da inclusão, na lei de conversão da medida provisória, de dispositivos sem pertinência temática com a MP). Essa situação, portanto, é de *convalidação da lei inconstitucional*, e não de modulação de efeitos temporais da lei declarada inconstitucional, já que a lei inconstitucional continuará no ordenamento, com os atributos de generalidade e abstração, produzindo efeitos indefinidamente (apesar de o costume inconstitucional que contaminou o processo de sua elaboração ter sido afastado).

É preciso que fique claro para o Supremo Tribunal Federal que decisões convalidatórias de inconstitucionalidade não se confundem com a técnica de modulação temporal de efeitos da lei inconstitucional, devendo-se nomear os institutos por seus nomes próprios, a fim de permitir o debate franco e honesto a respeito da admissão, em cada caso, da convalidação de uma inconstitucionalidade. É certo que a inconstitucionalidade declarada no “caso ICMBio” é de natureza formal e, portanto, menos grave quando comparada a um vício material de inconstitucionalidade, mas por se tratar de convalidação de lei inconstitucional, torna pertinente o questionamento quanto a relativização da supremacia da Constituição.

Da mesma forma, o “caso do Município Luís Eduardo Magalhães” traduz convalidação de inconstitucionalidade de norma de efeitos concretos – e não técnica de modulação temporal de efeitos concretos –, já que foi mantido como ente da federação brasileira a despeito da violação do art. 18, § 4º, da CF. A diferença para o “caso ICMBio” diz respeito apenas à natureza da inconstitucionalidade, que aqui é *material*. Em razão disso, no “caso do Município Luís Eduardo Magalhães” foi necessária a edição de emenda à Constituição para convalidar o vício da inconstitucionalidade material. Refiro-me à Emenda Constitucional n.º 57/2008, que incluiu o art. 97 ao ADCT para convalidar “os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”.

Entendida a diferença entre *convalidação de norma inconstitucional* e técnica de *modulação temporal dos efeitos (concretos) da norma declarada inconstitucional*, passa-se à definição de parâmetros para a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade no tempo. Os critérios para a modulação de efeitos temporais da inconstitucionalidade de normas não foram estabelecidos pelo STF ou pela doutrina, mas a leitura da jurisprudência da Corte sobre o tema¹⁷, e a necessidade

¹⁷ Pesquisa realizada no portal <www.stf.jus.br>, no dia 18 de setembro de 2017, aba “jurisprudência”, inserindo-se no campo “pesquisa livre” os termos “modulação” e “efeitos”, bem como no campo “legislação” a opção “lei ordinária”, número “9868” e artigo “27”. Em relação à primeira busca foram analisados os acórdãos mais relevantes. A segunda busca retornou 202 acórdãos, tendo sido analisadas todas as ementas e, após uma filtragem inicial, os seguintes acórdãos representativos da matéria, com maior ênfase ao controle abstrato de constitucionalidade: ADI n.º 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 09/05/2007, publicação em 03/08/2007; ADI n.º 3.316/MT, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 09/05/2007, publicação em 29/06/2007; ADI n.º 3.489/SC, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 09/05/2007, publicação em 03/08/2007; ADI n.º 3.615/PB, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 30/08/2006, publicação em 09/03/2007; ADI n.º 3.689/PA, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10/05/2007, publicação em 29/06/2007; ADI n.º 4.029/AM, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 08/03/2012, publicação em 27/06/2012; ADI n.º 3.819/AC, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24/10/2007, publicação em 28/03/2008; ADI n.º 1.241/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 22/09/2016, publicação em 03/08/2017; ADI n.º 3.609/AC, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 05/02/2014, publicação em 30/10/2014; ADI n.º 4.876/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 26/03/2014, publicação em 01/07/2014; ADI n.º 4.125/TO, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 10/06/2010, publicação em 15/02/2011; ADI n.º 5.163/GO, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 08/04/2015, publicação em 18/05/2015; ADI n.º 3.721/CE, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 09/06/2016, publicação em 15/08/2016; ADI n.º 3.237/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26/03/2014, publicação em 19/08/2014; ADI n.º 4.009/SC, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 04/02/2009, publicação em 29/05/2009; ADI n.º 662/MG, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22/06/2006, publicação em 10/11/2006; ADI n.º 3.791/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 16/06/2010, publicação em 27/08/2010; ADI n.º 2.791/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16/08/2006, publicação em 24/11/2006; ADI n.º 2.501/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 04/09/2008, publicação em 19/12/2008; ADI n.º 2.663/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 08/03/2017, publicação em 29/05/2017; ADI n.º 1.842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 06/03/2013, publicação em 16/09/2013; ADI n.º 3.458/GO, Rel. Min.

de a matéria ser tratada de maneira uniforme, sugerem que o Supremo leve em consideração alguns parâmetros para a aplicação do instituto da modulação de efeitos temporais, tais como:

a) tempo decorrido entre a edição da lei declarada inconstitucional e a pronúncia de sua inconstitucionalidade – o que equivale a afirmar que, quanto maior o intervalo temporal entre a promulgação da lei (ou a arguição de sua inconstitucionalidade) e a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, maior será a possibilidade de aplicação de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, uma vez que o decurso do tempo, além de ser um fato, gera situações jurídicas legítimas.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento conjunto da ADI n.º 4.009 e da ADI n.º 4.001¹⁸, ambas da relatoria do Ministro Eros Grau, que versavam sobre a estrutura administrativa e remuneração dos profissionais do sistema de segurança pública do estado de Santa Catarina, tendo sido questionada a equiparação de remuneração de servidores integrados a carreiras distintas. O Supremo reafirmou a jurisprudência quanto ao não-cabimento de qualquer espécie de vinculação entre remunerações de servidores públicos, mas a declaração de inconstitucionalidade foi modulada com efeitos *ex nunc*, ante à irredutibilidade de vencimentos. O Relator observou que “alguns dos preceitos atacados *estão em vigência desde 1992*. Dos efeitos *ex tunc* da declaração resultariam prejuízos e insegurança jurídica”.

Outro exemplo consiste na ADI n.º 3.792¹⁹, Relator Min. Dias Toffoli, que declarou a inconstitucionalidade da Lei n.º 8.865/2006, do Estado do Rio Grande do Norte, com efeitos *ex nunc*. O diploma normativo determinava que o escritório de prática jurídica da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, prestasse serviço forense aos finais de semana para atender os presos em flagrante delito. Tal disposição implicava necessariamente a criação ou, ao menos, a modificação de atribuições conferidas ao corpo administrativo da Universidade, bem como a alteração das grades curriculares e os horários dos estudantes para que desenvolvessem essas atividades em regime de plantão, ou seja, aos sábados, domingos e feriados. Feria a autonomia administrativa, a financeira e a didático-científica da instituição, uma vez que ausente seu assentimento para a criação/modificação do novo serviço a ser prestado. No mais, incorria em inconstitucionalidade por usurpação da atribuição reservada à Defensoria Pública de prestar assistência jurídica integral aos hipossuficientes. Sob o argumento da vigência prolongada da lei estadual e para evitar eventuais arguições de nulidade dos atos praticados pelo escritório de prática jurídica, foi realizada a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999, de modo conferir efeitos *ex nunc* à decisão.

b) densidade do impacto na prestação de serviços públicos – sendo certo que, quanto maior a densidade do impacto da declaração de inconstitucionalidade sobre a prestação de serviços públicos, ainda que não essenciais, maior será a possibilidade de modulação e efeitos.

Eros Grau, julgamento em 21/02/2008, publicação em 16/05/2008; ADI n.º 3.660/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13/03/2008, publicação em 09/05/2008; ADI n.º 4.425/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 14/03/2013, publicação em 19/12/2013; ADI n.º 4.140/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29/06/2011, publicação em 20/09/2011; ADI n.º 4.414/AL, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31/05/2012, publicação em 17/06/2013; ADI n.º 3.792/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 22/09/2016, publicação em 01/08/2017; ADI n.º 3.022/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 02/08/2004, publicação em 04/03/2005; ADI n.º 4.270/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 14/03/2012, publicação em 25/09/2012 e AI-AgR n.º 421.689/MA, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 26/05/2017, publicação em 07/06/2017).

¹⁸ STF, Plenário, ADI n.º 4.009/SC e 4.001/SC, Relator Min. Eros Grau, julgamento em 04/02/2009, publicação em 29/05/2009.

¹⁹ STF, Plenário, ADI n.º 3.792/RN, Relator Min. Dias Toffoli, julgamento em 22/09/2016, publicação em 01/08/2017.

Nesse sentido, ao apreciar o pedido formulado na ADI n.º 4.125/TO²⁰, Rel. Min. Cármen Lúcia, o STF entendeu que o número de cargos efetivos existentes nos quadros do Poder Executivo e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n.º 1.950/2008, do Estado do Tocantins, evidenciava a inobservância do princípio da proporcionalidade. Decidiu-se que a criação de 28.177 cargos – sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão –, não encontraria respaldo no princípio da moralidade administrativa. Tratava-se, portanto, de um cenário claramente oligárquico e de natureza eleitoreira, de modo que a ADI foi julgada procedente e diversos dispositivos do diploma legal foram declarados inconstitucionais. No que concerne à modulação dos efeitos temporais, determinou-se o prazo máximo de 12 meses para que o estado fizesse a substituição, pela via do concurso público, de todos os servidores designados para ocupação dos referidos cargos. Dentre os argumentos considerados destaca-se o referente ao número de pessoas atingidas e à necessidade de continuidade do serviço: *“Milhares são os cidadãos que correriam o risco de se ver privados, no todo ou em parte, de prestações básicas devidas pelo Estado nas áreas da saúde e da educação, em razão do afastamento de médicos, enfermeiros e professores, por exemplo”*.

Outro exemplo consiste no julgamento da ADI n.º 3.721²¹, Rel. Min. Teori Zavascki, em que o STF declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo único, “f”, da Lei Complementar n.º 22/2000, do Estado do Ceará, que autorizava a contratação temporária de professores nas situações de: “a) licença para tratamento de saúde; b) licença gestante; c) licença por motivo de doença de pessoa da família; d) licença para trato de interesses particulares; e) cursos de capacitação; e f) e outros afastamentos que repercutam em carência de natureza temporária”; e, ainda, para “fins de implementação de projetos educacionais, com vistas à erradicação do analfabetismo, correção do fluxo escolar e qualificação da população cearense”. No entendimento do Supremo, apesar de o art. 37, IX, da Constituição Federal, permitir a contratação temporária nas atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada caso, os traços de emergencialidade que justificariam a medida atípica. O STF, então, julgou que *“as hipóteses descritas entre as alíneas “a” e “e” indicam ocorrências alheias ao controle da Administração Pública cuja superveniência pode resultar em desaparecimento transitório do corpo docente, permitindo reconhecer que a emergencialidade está suficientemente demonstrada. O mesmo não se pode dizer, contudo, da hipótese prevista na alínea “f” do art. 3º da lei atacada, que padece de generalidade manifesta, e cuja declaração de inconstitucionalidade se impõe”*. Todavia, *“tendo em vista (a) o especial significado social dos projetos de educação descritos no art. 3º, § único, da lei impugnada, (b) a inafastável necessidade de evitar solução de continuidade na execução desses projetos, bem como (c) as dificuldades inerentes à organização de um concurso público para a área da educação básica, deve o Tribunal considerar a modulação, para o futuro, dos efeitos da presente decisão (art. 27 da Lei 9.868/99)”*.

c) tipo de vício de inconstitucionalidade identificado – algumas inconstitucionalidades formais tendem a apresentar menores embaraços à modulação ou à própria convalidação, sendo certo que vícios de iniciativa, por exemplo, não se convalidam sequer pela sanção. De outro lado, as inconstitucionalidades materiais em regra devem retroagir à edição da lei (*ex tunc*) ou a algum momento do passado (a partir do ajuizamento da ação ou do deferimento da cautelar em ADI, por exemplo), não podendo ser convalidadas sob pena de ferir a supremacia da Constituição. Este parâmetro foi observado, como já referido, na ADI n.º 5.127²², Rel. para acórdão Min. Edson

²⁰ STF, Plenário, ADI n.º 4.125/TO, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgamento em 10/06/2010, publicação em 15/02/2011.

²¹ STF, Plenário, ADI n.º 3.721/CE, Relator Min. Teori Zavascki, julgamento em 09/06/2016, publicação em 15/08/2016.

²² STF, Plenário, ADI n.º 5.127/DF, Relatora originária Min. Rosa Weber, Relator p/ acórdão Min. Edson Fachin, julgamento em 15/10/2015, publicação em 11/05/2016.

Fachin, que vedou o chamado “contrabando legislativo” na lei de conversão de medidas provisórias. Na ocasião, decidiu-se pela manutenção (convalidação) de todas as leis de conversão fruto da prática, promulgadas até a data do julgamento, inclusive a impugnada naquela ação, já que o vício não decorria de texto expresso da Constituição e relacionava-se à forma do ato.

d) alteração, reversão ou oscilação de jurisprudência – a modulação temporal se justifica nos casos de reversão ou alteração da jurisprudência consolidada por lapso considerável de tempo, a não ser na hipótese de a jurisprudência anterior ser manifestamente inconstitucional. O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos casos de oscilação da jurisprudência, haja vista a inexistência de segurança jurídica. Tal a razão para a fórmula de transição criada pelo Ministro Luís Roberto Barroso ao reconhecer legítima a exigência do prévio requerimento do benefício nas instâncias administrativas antes do ingresso com o pedido no Poder Judiciário (“caso do prévio requerimento administrativo, já narrado”)²³.

O cancelamento da Súmula n.º 394 do STF²⁴, no âmbito da questão de ordem apresentada no Inquérito n.º 687, Rel. Min. Sydney Sanches, justificou a ressalva da legitimidade de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal com base na Súmula 394, ou seja, modulação com efeitos *ex nunc* em razão de mudança da jurisprudência do Tribunal.

e) existência de cautelar deferida – se houver cautelar deferida na ADI, a modulação não pode ocorrer contra os efeitos da cautelar, sob pena de violar a segurança jurídica. Dessa forma, deve-se buscar preservar os efeitos da cautelar, ratificando-a desde seu deferimento, ou modulando-se a decisão de inconstitucionalidade a partir do julgamento – pois até ali vigia legitimamente a liminar. O tema foi objeto de estudo do Ministro Relator Luís Roberto Barroso ao julgar a ADI n.º 4.481²⁵. Em tópico específico sobre modulação de efeitos temporais, o Relator consignou: “A respeito dos efeitos a serem produzidos pela presente decisão, é preciso ter em conta que o antigo relator desta ação aplicou ao caso o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999, deixando, por isso, de apreciar o pedido de cautelar de forma imediata. É certo que a jurisprudência do STF sobre o procedimento a ser observado para o deferimento de benefícios em matéria de ICMS é mais do que conhecida. Não gera grande surpresa a decisão ora proferida, no sentido da inconstitucionalidade da lei estadual. Por outro lado, a norma em exame vigorou por oito anos, com presunção de constitucionalidade, de modo que a atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade geraria um grande impacto e um impacto injusto para os contribuintes. Por isso, registro que a minha sugestão, nesses casos, é de que os relatores procurem se pronunciar sobre o pedido de cautelar no primeiro momento possível, trazendo em seguida a decisão ao plenário para referendo. Não tendo havido deferimento de cautelar, contudo, parece-me difícil afastar a modulação dos efeitos temporais da decisão.

f) existência de vácuo legislativo pior que a situação de inconstitucionalidade – ou seja, se ao declarar a inconstitucionalidade com eficácia retroativa o resultado for um vácuo legislativo pior que a situação de inconstitucionalidade, deve-se declarar a inconstitucionalidade com modulação dos efeitos temporais. O parâmetro foi utilizado pelo STF ao apreciar o pedido da ADI n.º 3.237²⁶, Rel. Min. Joaquim Barbosa, que versava sobre inconstitucionalidade da contratação temporária para o Hospital das Forças Armadas prevista na Lei nº 8.745/1993, no âmbito dos

²³ STF, Plenário, RE n.º 631.240/MG, Relator Min. Luís Roberto Barroso, julgamento em 03/09/2014, publicação em 10/11/2014.

²⁴ Súmula (cancelada) n.º 394/STF: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

²⁵ STF, Plenário, ADI n.º 4.481/PR, Relator Min. Luís Roberto Barroso, julgamento em 11/03/2015, publicação em 19/05/2015.

²⁶ STF, Plenário, ADI n.º 3.237/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26/03/2014, publicação em 19/08/2014.

projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia (SIVAM) e do Sistema de proteção da Amazônia (SIPAM). Tal diploma legal permitiu a continuidade da situação excepcional, sem justificativa normativa adequada. No julgamento da ação foi reconhecida a peculiaridade das atividades em questão, de modo que a Corte modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. De acordo com o Min. Luiz Fux: “(...) Forçoso ressaltar que a eventual declaração de inconstitucionalidade dos artigos impugnados nesta ação direta da Lei nº 8.745/93 faria exsurgir um vácuo jurídico no ordenamento, inviabilizando, ainda que temporariamente, qualquer tipo de contratação temporária nas universidades federais, no Hospital das Forças Armadas e no âmbito do projeto SIVAM, o que carrearía um *periculum in mora inverso* daquele que leis como essa, preventivas, destinadas à solução de transtornos temporários, procuram minimizar”.

Esses parâmetros devem ser observados para a modulação temporal de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal (e, quando cabível, pelos demais juízes e tribunais no controle difuso), haja vista que as hipóteses autorizativas previstas no art. 27 da Lei nº 9.868/99 (“segurança jurídica” e “excepcional interesse social”) são por demasiado abstratas e não se mostraram suficientes para a aplicação uniforme da norma, o que repercute na legitimidade da modulação temporal. Em caso de rejeição dos parâmetros, o ônus argumentativo deve ser maior e a fundamentação específica quanto ao afastamento dos critérios aqui propostos, que refletem e organizam a jurisprudência do STF sobre a matéria.

CONCLUSÃO

Aqui defendeu-se a natureza pragmatista da modulação de efeitos temporais como técnica de decisão. *Em primeiro*, é antifundacionalista por afastar definitivamente o dogma da nulidade da lei inconstitucional. *Em segundo*, é contextualista por demandar a análise do contexto fático, político, social, cultural, etc. *Em terceiro*, é consequencialista, porque exige a análise antecipada dos efeitos que a decisão pode vir a gerar, na busca do ponto ótimo entre o fato e a norma. A matriz pragmatista, dessa forma, está *abstratamente* refletida na norma do art. 27 da Lei n.º 9868/1999. O pragmatismo não está apenas no resultado da aplicação da modulação de efeitos, mas também em sua razão de ser. Assim, se cabe discussão acerca da natureza subsidiária ou principal dos argumentos pragmatistas no momento da tomada da decisão de mérito, certo é que tais argumentos possuem caráter *primordial* quando da análise da possível modulação de efeitos de uma lei declarada inconstitucional.

Por isso, realizada a filtragem pragmatista da modulação temporal de efeitos, tem-se por corolário lógico a necessidade de abertura de contraditório específico para que os interessados possam apresentar todas as possíveis consequências da decisão de inconstitucionalidade, observado o contexto em que proferida. Tal providência diminui o déficit de informações, aumenta a legitimidade democrática da modulação, neutraliza as críticas de ausência de capacidade institucional do Judiciário para proceder à análise de efeitos e promove o dever de transparência. Se as consequências são a *essência* da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, pois irão fundamentar os valores da “segurança jurídica” e o “interesse social”, sua análise constitui o próprio *mérito* da decisão modulatória, não sendo legítimo afastar os interessados de sua construção.

O quadro atual revela um *pragmatismo preguiçoso*²⁷ e padece de três imperfeições: a) ausência de uniformidade quanto à necessidade de provocação do interessado para a aplicação da técnica da modulação temporal de efeitos ou se o Poder Judiciário pode proceder à modulação de ofício; b) natureza primariamente econômica ou financeira dos efeitos sistêmicos levados ao

²⁷ A expressão é de Matheus Meott Silvestre, retirada do *reaction paper* que apresentou para a disciplina “Regulação Econômica e Democracia”, ministrada pelo Professor José Vicente Santos de Mendonça, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

conhecimento da Corte e b) veiculação das consequências em memoriais não juntados aos autos ou em sustentações orais que, além de não serem transcritas nos autos, ocorrem, na maioria das vezes, após a formação da convicção do juiz.

Intérpretes constitucionais responsáveis devem considerar o texto da Constituição e não podem ignorar os efeitos de suas decisões, como afirmam Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto²⁸. Mas se os intérpretes constitucionais devem levar em consideração os efeitos de suas decisões para aplicarem ou não a modulação, tais consequências precisam constar expressamente das decisões e, principalmente, ser objeto de debate e de contraditório visando à diminuição da assimetria informacional, pois não há influência sem participação. O consequencialismo não se resume aos efeitos econômicos e não é o único elemento da matriz pragmatista a ser sopesado quando da modulação, devendo-se levar em consideração todo o contexto social, cultural, político *etc.* Não à toa são fundamentos para a modulação temporal tanto a segurança jurídica quanto o interesse social.

Por fim, se a modulação de efeitos temporais da lei declarada inconstitucional é uma técnica de decisão pragmatista, a decisão que a aplica ou que a afasta deve ser fruto da análise de parâmetros objetivos, devendo o órgão julgador adotar os seguintes critérios antes de conferir à decisão efeitos (i) *ex tunc*, (ii) a partir de algum momento específico do passado, (iii) *ex nunc*, ou (iv) *pro futuro*:

- a) *tempo decorrido entre a edição da lei declarada inconstitucional e a pronúncia de sua inconstitucionalidade;*
- b) *densidade do impacto na prestação de serviços públicos;*
- c) *tipo de vício de inconstitucionalidade identificado;*
- d) *alteração, reversão ou oscilação de jurisprudência;*
- e) *existência de cautelar deferida;*
- f) *existência de vácuo legislativo pior que a situação de inconstitucionalidade.*

Somente após a consideração transparente, dialógica e justificada de tais parâmetros o juiz poderá fundamentar a modulação de efeitos temporais nos valores “segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal* - Tese de Doutorado em Direito Público. UERJ - Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Daniel Antonio de Moraes Sarmiento. 2010.

_____. O consequencialismo, a modulação temporal dos efeitos e o ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 172, p. 34-43, 2010.

ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. In: *XIV Encontro Nacional do CONPEDI*, 2005, Fortaleza. Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.

²⁸ “Sob a égide da Constituição dirigente, que se propõe a atingir determinados fins, seria profundamente contraditório que se negasse ao intérprete a possibilidade de considerar os efeitos que as suas decisões tendem a produzir, no sentido da efetiva realização daqueles fins. Intérpretes constitucionais responsáveis não podem ignorar os efeitos das suas decisões”. In: SARMENTO, Sarmiento; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Curso de Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 429-430.

ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BOCCATO, Esdras. *Modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade: ponderação, subsunção e dosimetria*. Dissertação de Mestrado em Direito do Estado. Universidade de São Paulo - USP. Orientador: Roger Stiefelmann Leal. 2013.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9049/8182>>. Acesso em 25 de outubro de 2017.

DUTRA, Alexandre Pereira. Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, v. 64, p. 1-9, 2015.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Direito Público*, nº 92, 1989.

GREY, Thomas. Judicial Review and Legal Pragmatism. *Wake Forest L. Rev.*, nº 38, 2003.

JAMES, William. *Pragmatism: a new name for some old ways of thinking*. New York: Longmans & Green, 1907.

LIPKIN, Robert Justin. *Constitutional Revolutions: Pragmatism and the Role of Judicial Review in American Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 2000.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na Econômica à luz do pragmatismo e da razão pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Mayerhof. Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 1, p. 1259-1322, 2016.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

_____. A normatividade dos fatos, as consequências políticas das decisões judiciais e o pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (comentários à ADI 2240-7/BA). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

REIS, Jane. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/RS*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 10, número 35, p. 345-369, julho/dezembro 2016.

SARMENTO, Daniel. Eficácia Temporal do Controle de Constitucionalidade das Leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 27-47, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.