

MODULAÇÃO DE EFEITOS *PRO FUTURO* NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: O CASO DA ADI 875

PRO FUTURE MODULATION EFFECTS IN CONCENTRATE CONSTITUTIONALITY CONTROL: THE CASE OF ADI 875

Elaine Harzheim Macedo¹

Doutora em Direito pela Unisinos (Porto Alegre/RS, Brasil)

Ana Cecília de Moraes e Silva Dantas²

Doutoranda em Direito pela PUCRS (Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: jurisdição constitucional; processo constitucional.

RESUMO: O artigo analisa, a partir do caso concreto da ADI 875, a modulação dos efeitos *pro futuro* que os arts. 27 da Lei nº 9.868/1999 e 11 da Lei nº 9.882/1999 contemplam, com vistas a manter efeitos futuros de ato normativo

declarado inconstitucional, solução adotada pelo STF no julgamento da inconstitucionalidade do art. 2º, incisos I e II, da LC 62/1989, responsável pela distribuição das verbas do Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios. Com base nas hipóteses de modulação de efeitos, especialmente

¹ Mestre em Direito. Especialista em Direito Processual Civil. Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito junto à PUCRS (Porto Alegre/RS, Brasil). Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ex-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Associada da Academia Brasileira de Direito Processual Constitucional. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Presidente do Igade - Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral. Advogada. *E-mail:* elaine@fhm.adv.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0208696518341737>.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas. Professora da Graduação em Direito do Centro Universitário Cesmac. Advogada. *E-mail:* acmsdantas@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7305030227123580>.

no âmbito temporal, são deduzidas críticas que se voltam contra a origem da autorização, infraconstitucional, quando, no mínimo, deveria ser constitucional, bem como contra a via utilizada, apontando para soluções constitucionais que logram suprir mais adequadamente a situação de omissão inconstitucional do que a declaração de inconstitucionalidade produz, seja por meio do mandado de injunção, seja pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

PALAVRAS-CHAVE: modulação de efeitos *pro futuro*; ADI 875; omissão inconstitucional; controle concentrado de constitucionalidade.

ABSTRACT: *From the concrete case of ADI 875, the article analyzes the pro future modulation effects, included by the articles 27 of Law nº 9.868/1999 and 11 of Law nº 9.882/1999, in order to maintain the future effects produced by the normative act declared unconstitutional, solution adopted by the Brazilian Supreme Court in the judgment of unconstitutionality of article 2, items I and II, of Complementary Law nº 62/1989, responsible for the distribution of funds from the Participation Fund of the States and Municipalities. Based on the hypothesis of effects modulation, especially in the temporal sphere, the article criticizes the origin of the authorization, legal, when it should be constitutional, pointing to constitutional solutions that manage to meet better the unconstitutional omission that the declaration of unconstitutionality produces, either by writ of injunction, either by direct action of unconstitutionality by omission.*

KEYWORDS: *pro future modulation effects; ADI 875; unconstitutional omission; concentrate contitutionality control.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Controle de constitucionalidade no Brasil: validade, vigência e eficácia das normas jurídicas; 2 Modulação de efeitos no controle de constitucionalidade; 3 Modulação de efeitos *pro futuro*: o caso da ADI 875; 4 Críticas ao sistema brasileiro de modulação de efeitos *pro futuro*; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Constitutionality control in Brazil: validity, effectiveness and efficiency of legal rules; 2 Effects modulation of the constitutionality control; 3 Pro future modulation effects: the case of ADI 875; 4 Critics to Brazilian system of pro future modulation effects; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Não é possível estudar controle de constitucionalidade sem que se analisem os efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade sobre a norma impugnada. E não é possível estudar os efeitos de declaração de inconstitucionalidade sem debruçar-se, ainda

que brevemente, sobre a possibilidade trazida pelas Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999, que regulamentam, respectivamente, o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, bem como da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, de fixação do momento a partir do qual a supracitada decisão será eficaz, ou, dizendo com outras palavras, a fixação pelo tribunal constitucional da produção dos efeitos decorrentes do reconhecimento da inconstitucionalidade no tempo.

A partir da análise da modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e da possibilidade de produção futura de eficácia, surgem questionamentos sobre supremacia constitucional; legitimidade de órgão do Judiciário para permitir a manutenção, ainda que temporária, de norma declarada inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro; limites dessa modulação de efeitos *pro futuro*; e consequências de uma abrupta perda de eficácia da norma inconstitucional.

O tema não se esgota nas fronteiras brasileiras, recebendo atenção de outros ordenamentos jurídicos, o que demonstra sua relevância e atualidade ao efeito da manutenção da ordem constitucional de um país, cláusula pétrea em um Estado que se pretende democrático.

Verificando-se que a decisão proferida no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 875 traz significativo exemplo de modulação de efeitos *pro futuro* com a fixação de momento postergado aparentemente arbitrário para a cessação da eficácia da norma impugnada, toma-se essa ação como referência para o debate aqui proposto, que se volta exatamente a essa particularidade: fazer valer lei reconhecidamente inconstitucional para o futuro.

Nesse sentido, houve a reunião, sob a cabeça da ADI 875, promovida pelo Estado do Rio Grande do Sul; da ADI 1.987, proposta pelos Estados do Mato Grosso e de Goiás, aqui por imputação de omissão constitucional; da ADI 2.727, aforada pelo Estado do Mato Grosso do Sul, e da ADI 3.243, essa ajuizada pelo Estado do Mato Grosso, mas todas tendo por objeto a questão do FDE – Fundo de Participação dos Estados (art. 161, inciso II, da Constituição: cabe à lei complementar estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art.159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios) e a regulamentação imprimida pela Lei Complementar nº 62/1989, entendendo que esse diploma não atendeu aos objetivos constitucionais. Assim,

frente à conexão presente entre os quatro feitos, por determinação do Relator, Ministro Gilmar Mendes, foram os mesmos reunidos para decisão conjunta.

Indo diretamente à solução dada, por ocasião do julgamento da ADI 875 (e daquelas que lhe foram reunidas), até porque este trabalho não tem por objetivo enfrentar o tema constitucional dos critérios de distribuição dos valores arrecadados pelo Fundo de Participação dos Estados, o Tribunal julgou procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade reunidas para, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/1989³, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2012. A decisão proferida obteve os votos dos demais julgadores, com exceção do voto do Ministro Marco Aurélio, que julgou precedente apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.987, deixando de aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/1999. De qualquer sorte, esse julgamento que foi proferido em data de 24.02.2010, com a manutenção da lei declarada inconstitucional até quase três anos depois, só veio a perder seu objeto com o advento da Lei Complementar nº 143, de 17.07.2013⁴.

E é a partir desse caso concreto, aqui eleito como ponto de partida, que se pretende, pelo método indutivo e se valendo de pesquisa bibliográfica, analisar a modulação dos efeitos *pro futuro* no controle concentrado de constitucionalidade, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade de ato normativo e o que isso representa para a supremacia da ordem constitucional e para a plena consagração da democracia, ainda que se admita que a complexidade de determinadas situações jurídicas exijam dos poderes constituídos uma intervenção direta no mundo fenomênico, sob pena de crise institucional ou social cujos efeitos podem até ser mais fenestros do que eventual manutenção no ordenamento jurídico de uma norma inconstitucional. O ponto de equilíbrio e a ponderação entre tais

³ “Art. 2º Os recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE serão distribuídos da seguinte forma: I – 85% (oitenta e cinco por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste; II – 15% (quinze por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Sul e Sudeste. § 1º Os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal no Fundo de Participação dos Estados e dos Estados e do Distrito Federal – FPE a serem aplicados até o exercício de 1991, inclusive, são os constantes do Anexo único, que é parte integrante desta Lei Complementar. § 2º Os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, a vigorarem a partir de 1992, serão fixados em lei específica, com base na apuração do censo de 1990. § 3º Até que sejam definidos os critérios a que se refere o parágrafo anterior, continuarão em vigor os coeficientes estabelecidos nesta Lei Complementar.”

⁴ Embora a Lei Complementar nº 143 tenha repetido os critérios declarados inconstitucionais pela ADI 875 e sua constitucionalidade já esteja em exame no STF por meio da ADI 5.059/DF.

valores talvez sejam os caminhos a serem palmilhados, em que a prudência e o agir republicano devem imperar.

O fato é que a doutrina não pode ficar omissa e deve, sim, se fazer presente e estar atenta para os possíveis desvios que tal poder enseja.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

O controle de constitucionalidade é cambiável nos diversos modelos constitucionais espalhados pelo mundo. Em todos os países, no entanto, o controle de constitucionalidade serve para proteger a supremacia do texto constitucional, dando às normas protegidas pelo controle a segurança de que não serão atingidas por instrumentos normativos infraconstitucionais.

No Brasil, segundo Elival da Silva Ramos (2012, p. 73-74), são características essenciais do controle de constitucionalidade:

- i) o caráter majoritariamente jurisdicional-repressivo, com reduzida importância do controle preventivo e político;
- ii) a difusão da competência do controle por todo o Judiciário;
- iii) a combinação dos controles principal e incidental, o primeiro em processos abstratos e objetivos, com efeito *erga omnes*, e o segundo em processos concretos e subjetivos, com efeito *inter partes*;
- iv) a nulidade com efeitos *ex tunc*, desde o início e não a partir da decisão ou de outro momento fixado pela decisão.

Além dessas, Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins (2005, p. 77) ainda elencam:

- v) ampliação da legitimação no controle principal, permitindo que a maioria das controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao STF.

O sistema de controle de constitucionalidade é essencial para a manutenção da força normativa da Constituição, e as suas decisões interferem diretamente em três grandes institutos do direito: a validade, vigência e eficácia das normas jurídicas.

A modulação de efeitos pressupõe uma ação do Poder Judiciário no efeito que produzem as normas por ele controladas. Mas o que quer dizer essa produção de efeitos?

A validade, em termos kelsenianos, é a propriedade de uma norma pertencer a um sistema jurídico. A norma para ser válida deve ser inserida em um dado sistema sem ofender normas superiores. A norma inconstitucional é norma que entra no sistema em desacordo com o que determina a Constituição. Na perspectiva kelseniana, para que uma norma perca a sua validade, é preciso que ela tenha sua invalidade declarada por um órgão competente. Uma norma veiculada por lei, no Brasil, passa a ter validade após sua publicação em meio adequado. De sorte que a lei, no caso, goza de presunção de validade. E o Poder Judiciário concentra a maior parte da competência para retirar a validade de normas depois da sua entrada no sistema.

A vigência, por sua vez, seria a possibilidade de ter força sobre os fatos jurídicos que ocorrem sob a égide do estatuto legal. A norma veiculada por lei, por exemplo, normalmente passa a ter vigência após o período de *vacatio legis*, que, em regra, é de 45 (quarenta e cinco) dias, nada impedindo que o próprio Legislativo fixe prazo diverso. A vigência também é afetada pela declaração de inconstitucionalidade de uma norma, tendo em vista que, quando a norma é declarada inconstitucional, ela em regra deixa de ter força para atuar em casos que ou passam a ocorrer a partir de então, ou, ainda e inclusive, para regular os casos do passado, desde o início de sua vigência ou de sua incompatibilidade em relação às normas constitucionais, caso não haja absoluta concomitância entre um ou outro momento.

Quando se tem em mente a eficácia, está se falando na produção de efeitos em si. As normas jurídicas são pensadas para produzir efeitos, isto é, para dirigir comportamentos humanos por meio das prescrições normativas, vinculando esses comportamentos a consequências positivas ou negativas do seu cumprimento.

No caso brasileiro, em regra, as normas, quando declaradas inconstitucionais, deixam de produzir efeitos para casos futuros, bem como devem ser retirados os efeitos produzidos por essas normas no passado, retornando ao ponto inicial em que passaram a produzir efeitos, retroagindo totalmente, portanto. No controle de constitucionalidade incidental, essa retroatividade apenas se dará entre as partes do processo, muito embora nosso sistema cada vez mais alargue os efeitos das decisões produzidas nesse modelo, especialmente quando se está frente a recursos repetitivos, por força da repercussão geral do recurso extraordinário e da cogência produzida pelo efeito vinculante de tais decisões, conforme art. 927, inciso III, combinado com os arts. 1.040, incisos I, II, e III, todos do CPC de 2015. Mas, no controle principal de constitucionalidade, os efeitos da decisão

são produzidos para todos, determinante sua eficácia *erga omnes* consolidada pelo art. 102, § 2º, da Constituição republicana.

Essa breve introdução se fez necessária para discutir o tema da modulação de efeitos, uma vez que a decisão de inconstitucionalidade afeta todas as categorias apresentadas anteriormente, enquanto que a modulação, em tese, se aplica à condição de eficácia da norma jurídica, fixando outro momento para o fim da produção de efeitos da norma, escapando à regra da retroatividade total.

2 MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O reconhecimento da modulação de efeitos no tempo atinge vetores constitucionais da maior importância, como a legalidade, a segurança jurídica, a igualdade, além da própria noção de supremacia da Constituição, pois permite que normas produzam efeito mesmo em contrariedade ao normativo constitucional.

Neste tópico pretende-se abordar os tipos de modulação, entendendo principalmente a aplicação deste instituto no Brasil, especialmente em razão da sua relevância, como exposto, por interferir na força que as normas constitucionais têm para atuar.

Apesar de a modulação de efeitos lembrar imediatamente da modulação temporal, isto é, quando é fixado um momento diferente para o fim da produção de efeitos da norma declarada inconstitucional, há outros tipos de modulação, como se verá a seguir.

2.1 TIPOS DE MODULAÇÃO

A despeito da expressa previsão de modulação temporal de efeitos da declaração de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, Walter Claudius Rothenburg aponta três outras espécies de modulação de efeitos: quanto à eficácia vinculante, quanto à eficácia material e quanto à eficácia subjetiva da decisão, afetando, respectivamente, os órgãos de aplicação do Direito, o conteúdo da decisão e o universo de pessoas afetadas (2002, p. 283).

A modulação temporal, objeto específico deste trabalho, envolve ainda quatro possíveis efeitos: *ex tunc*, *ex nunc*, *ex tunc* com restrições e *pro futuro*.

O efeito *ex tunc* é a regra geral no Brasil, fixando o momento da produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade no nascimento da lei, entendida essa como nula, portanto, viciada desde a origem. Se o texto normativo é

inconstitucional, o é desde o seu nascedouro. O efeito *ex nunc*, que teoricamente parte de uma presunção de legitimidade da norma impugnada, tem na ocasião da declaração de inconstitucionalidade o início de sua produção de efeitos. O *ex tunc* com restrições importa na fixação de um ponto, diferente do da produção normativa, a partir do qual a norma deverá ser entendida como incapaz de ser aplicada. Já a eficácia *pro futuro* determina o momento, posterior ao da decisão, a partir do qual a inconstitucionalidade produzirá efeitos, valendo, portanto, para todos os efeitos, enquanto não alcançado o termo *ad quem*, a lei ou o ato normativo impugnado.

Ainda que classicamente distingam-se os efeitos de declarações de inconstitucionalidade como *erga omnes* e *inter partes*, mesmo decisões voltadas a produzir efeitos *inter partes* devem avaliar as consequências jurídicas que são capazes de produzir no tempo.

Se o objetivo do controle de constitucionalidade é “resguardar a harmonia do ordenamento jurídico” (Araújo e Serrano Junior, 2010, p. 58), não se pode imaginar decisão da Corte Maior que provoque resultado inverso.

Neste contexto, a possibilidade de modulação de efeitos de decisão de controle de constitucionalidade surge como medida consequencialista voltada a evitar inseguranças jurídicas resultantes do abrupto afastamento de normas do ordenamento jurídico brasileiro. Há uma ponderação de valores, como se o Tribunal concluísse que é melhor ser o fenômeno fático regido por lei inconstitucional do que por nenhuma lei, isso é, claro, frente à constatação de que o próprio processo legislativo sofre profunda crise, inclusive quanto à sua tempestividade, exigindo a produção de um novo estatuto, frente à eventual complexidade do fenômeno, tempo e reflexão incontroláveis, imprevisíveis, especialmente quanto ao seu custo temporal. O argumento pode até ser frágil ou inconsistente no plano jurídico, mas no plano decisório é determinante.

2.2 MODULAÇÃO DE EFEITOS: UMA BREVE COMPARAÇÃO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

O tema da modulação de efeitos é de suma importância, como visto, por interferir na supremacia da Constituição e no efeito que as normas constitucionais produzem sobre atos normativos inferiores.

No Brasil, como na sequência se verá, a opção de regular a questão da modulação de efeitos, autorizando sua aplicação, foi feita por meio legal, em âmbito infraconstitucional. Certamente uma temeridade, especialmente

tendo em vista a supremacia da norma constitucional. Tal disciplina cabe primordialmente ao próprio texto constitucional, que deve deixar posto em quais possibilidades suas próprias normas podem deixar de produzir efeitos, protegendo uma inconstitucionalidade da ineficácia. Nenhum espaço melhor que o espaço constitucional para impor tais limites, valendo-se de um processo de autoproteção. Contudo, a Constituição de 1988 é omissa, no particular.

Só para exemplificar, a Constituição da Áustria entende que a inconstitucionalidade de uma lei importa em nulidade relativa, havendo ampla margem de liberdade para que o Tribunal Constitucional fixe as consequências jurídicas de sua decisão. Ao entender que a lei é constitucional até que sua inconstitucionalidade seja pronunciada, a eficácia das decisões é, em regra, *ex nunc* (Streck, 2013, p. 803). O art. 140, 5, da Constituição da Áustria prevê expressamente que a decisão de rescisão de lei por inconstitucionalidade deve produzir efeitos a partir da data de sua publicação caso a Corte Constitucional não fixe momento diferente. Contudo, após a publicação da rescisão, a lei não pode produzir efeitos por prazo superior a um ano. Bem ou mal, um prazo máximo é fixado para que a situação não se estenda indeterminadamente no tempo.

Mas é em Portugal que se debruça para melhor enfrentar a questão temporal nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de ato normativo. A Constituição portuguesa dispõe expressamente a possibilidade de modulação de efeitos nas decisões do Tribunal Constitucional no controle abstrato de constitucionalidade em seu art. n° 282:

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

[...]

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal

Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n^{os} 1 e 2.

Percebe-se que a Constituição lusitana prevê o efeito *ex tunc* como regra no item 1, mas já trata da possibilidade de, em alguns casos, propagar o efeito *ex nunc*, exposto no item 2. Mas é no item 4 que a modulação é contemplada expressamente, quando fica autorizado o Tribunal Constitucional a fixar os efeitos da inconstitucionalidade de modo mais restrito do que o previsto das duas demais hipóteses.

J. J. Gomes Canotilho defende que a modulação de efeitos já é um grande poder para os Tribunais Constitucionais, quando nesse caso funcionariam como legisladores mais do que como juízes. Retirar uma lei do ordenamento jurídico é, em princípio, exercício de Poder Legislativo, mas que o vício da inconstitucionalidade permite delegar tal poder a outro poder, no caso, o Judiciário. Mas a modulação *pro futuro* escapa a esse cânone, alargando exageradamente o poder do Judiciário, ao efeito, inclusive, de desequilibrar o dogma da separação ou distinção dos poderes. Daí porque concluir que a eficácia *pro futuro* seria um grande absurdo, por permitir que as cortes legislassem em contrariedade ao texto constitucional (2000).

De outro lado, para Jorge Miranda a modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade serve para adequá-las às contingências da vida, mitigando uma excessiva rigidez das consequências que pode produzir, servindo como uma “válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização” (1991, p. 502).

No Brasil, porém, a situação se mostra mais agudizada, porque o tema foi disposto por legislação infraconstitucional ordinária. São as Leis Federais n^{os} 9.868, de 10 de novembro de 1999, e 9.882, de 3 de dezembro do mesmo ano, que, em seus art. 27 e 11, respectivamente, autorizam a modulação de efeitos no controle principal de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal:

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.

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.

Nota-se que os textos legais são extremamente parecidos. A ideia foi a mesma: permitir que fosse fixado outro momento à restrição da eficácia de normas infraconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal quando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por dois terços de seus membros.

Constata-se, ainda, que o instrumental normativo brasileiro comete alguns pecados em semelhança com a Constituição portuguesa: o uso de conceitos indeterminados, como excepcional interesse social, e deixa aberturas maiores, quando apenas diz *outro momento que venha a ser fixado*, permitindo uma infinidade de possibilidades na fixação dos efeitos temporais da decisão, o que pode levar à eternização da produção de efeitos de normas inconstitucionais. Mas esse é o modelo que o direito positivado vem, em determinados temas, ganhando espaço nas últimas décadas: cláusulas gerais, normas em aberto, disposições marcadas pela generalidade, exigindo, via de consequência, quando o conflito se estabelece, atuação pró-ativa do Poder Judiciário em todos os seus níveis, do que não escapa o controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos.

O grande passo positivo da redação das duas leis foi, sem dúvida, o quórum qualificadíssimo para a tomada dessa decisão, exigindo-se dois terços dos membros da Corte Constitucional. Se 11 (onze) ministros fazem parte, dois terços correspondem a 8 (oito) ministros. O que, reconhecemos, não é um quórum fácil de se conseguir, representando, no mínimo, um obstáculo à subjetividade das decisões ou, ainda, ao eventual abuso de poder.

Outro tema espinhoso nessa autorização para modulação de efeitos é a ausência de menção normativa para modular efeitos em controle incidental.

Percebe-se que as duas leis falam de modulação para ADI e ADPF. Em nenhum momento tais disposições ou qualquer outra lei mencionam a possibilidade de modulação em recurso extraordinário, por exemplo. Apesar disso, em diversas ocasiões o Supremo entendeu possível a modulação em sede de controle incidental, em julgamentos de recursos extraordinários, por exemplo, sem nenhuma autorização em qualquer lei, com base exclusivamente em analogia, como no caso do Rext. 500171-ED/GO, julgado em 2011, no qual o STF entendeu aplicável a modulação (independentemente de tal haver sido pleiteado pelo recorrente) em sede de embargos de declaração em recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade da cobrança de taxas de matrícula em universidades públicas, mas modulando os efeitos da decisão considerando a vasta abrangência e o excepcional interesse social, além da delicada situação financeira das universidades, que supostamente deveriam ressarcir a todos os estudantes que pagaram no passado a citada taxa (STF, acesso eletrônico em 06.10.2016).

Interessante o fato de que no julgamento do Rext. 586453/SE, em 2013, a Corte repetiu a necessidade de quórum de maioria qualificada (por dois terços dos votos) como requisito para modulação de efeitos em caso de mudança de jurisprudência em julgamento de recurso extraordinário, em analogia ao art. 27 da Lei nº 9.868/1999 (STF, acesso eletrônico em 10.01.2017).

Já, no julgamento do Rext. 723651/PR, em 2016, o STF voltou a debater o quórum necessário para modulação de efeitos de suas decisões nesses casos, mas não houve conclusão sobre a questão em razão de os votos contrários à modulação, naquele caso concreto, terem atingido a maioria absoluta (STF, acesso eletrônico em 10.01.2017). De qualquer modo, afirmaram posicionamento favorável ao quórum da maioria absoluta os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Luiz Roberto Barroso, indicando uma mudança futura no entendimento do Supremo Tribunal Federal.

3 MODULAÇÃO DE EFEITOS *PRO FUTURO*: O CASO DA ADI 875

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 875 (julgada em conjunto com as ADIs 1987⁵, 3243 e 2727, de mesmo objeto) foi ajuizada pelo Estado do Rio Grande do Sul para questionar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 62/1989, que estabelecia, à época, normas sobre o cálculo, a entrega e o

⁵ A ADI 1987 cuida de inconstitucionalidade por omissão, apontando vácuo legislativo desde o ano de 1992.

controle das liberações de recursos do Fundo de Participação dos Estados, voltado a promover equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios.

O referido estatuto foi criado para disciplinar a repartição das receitas tributárias dos Estados e deveria valer apenas para os exercícios fiscais de 1990 e 1991, mas, a despeito da previsão de coeficientes arbitrários definidos temporariamente mediante acordo político entre os Estados e o Governo Federal (e que deveriam ser revistos após o iminente censo de 1990) e da sensível alteração no contexto socioeconômico nacional nos anos que se seguiram, teve sua vigência prorrogada por sucessivas leis complementares (LC 71/1992, LC 72/1993 e LC 74/1994).

Julgada pelo Plenário do STF em 24 de fevereiro de 2010, foi declarada a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único da Lei Complementar nº 62/1989, sob o fundamento de que a norma tornou-se inconstitucional pela modificação da realidade socioeconômica sobre a qual deveria incidir. Percebe-se, portanto, que a motivação para declaração da inconstitucionalidade ultrapassou o contraste entre a lei complementar e a Constituição, passando a apreciar o objetivo jurídico atribuído pela Constituição ao FPE (Correia Neto, 2014, acesso eletrônico em 19.07.2016).

Diante de receio de vácuo legislativo pelo tempo que o Congresso Nacional levaria até disciplinar a distribuição do Fundo de Participação dos Estados, a Corte debateu a possibilidade de modulação de efeitos de sua decisão, decidindo que a lei complementar produziria efeitos até 31 de dezembro de 2012, quase três anos após a declaração de inconstitucionalidade, prazo em que o Poder Legislativo deveria disciplinar a matéria.

Findo o prazo, e diante da omissão do Legislativo em cuidar da matéria, o Ministro do STF Ricardo Lewandowski deferiu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 23/DF, prorrogando a produção de efeitos da lei declarada inconstitucional por mais 150 dias.

Interessante que essa segunda ação constitucional foi promovida em janeiro de 2013 por diversos Estados, como ação direta de inconstitucionalidade por omissão, exatamente porque vencido o prazo de permanência de produção de efeitos do estatuto inconstitucional, fixado na ADI 875 (dezembro de 2012), instaurava-se um vácuo no ordenamento jurídico, já que não editada, até essa data, nova lei complementar que atendesse os dispositivos constitucionais do art. 161 e seus incisos I e II.

O argumento utilizado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao conceder a liminar, já estando em curso prazo excedente ao estabelecido na ação originária, foi lançado nos seguintes termos:

Sublinho, por oportuno, que, não obstante tenha passado a existir um vácuo legislativo quanto aos critérios de distribuição, as verbas que integram o Fundo de Participação pertencem de pleno direito aos Estados e ao Distrito Federal, sendo a União mera depositária destas, segundo dispõe expressamente o art. 159, I, *a*, da Constituição, inclusive estabelecendo o percentual que lhes cabe, conforme segue:

“Art. 159. A União entregará:

I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

[...]”

Com efeito, a Constituição garante, de forma inequívoca, a percepção das referidas verbas pelos entes federados, cuja distribuição entre eles depende apenas do rateio daquelas em conformidade com determinado critério, o qual deixou de existir com a declaração de inconstitucionalidade de parte da Lei Complementar nº 62/1989.

E mais adiante:

A apresentação e tramitação dos supracitados projetos de lei, todos posteriores à decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, evidencia que o Congresso Nacional está envidando os esforços possíveis para solucionar o tema em questão, que se revela de grande complexidade conceitual e de elevada sensibilidade no tocante ao próprio pacto federativo brasileiro, todavia insuficientes para dissipar a inse-

gurança jurídica reinante quanto à questão (STF, acesso eletrônico em 25.09.2016).

Concluindo, destarte, pela prorrogação por mais 150 (cento e cinquenta dias), em caráter liminar e cautelar, mantendo ainda a distribuição das cotas nos termos da lei inconstitucional.

Só em 17 de julho de 2013 foi publicada a Lei Complementar nº 143, fixando até 31 de dezembro de 2015 a aplicação dos inconstitucionais critérios de repartição de receitas da Lei Complementar nº 62/1989. Não por acaso, também esta lei é objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5.069/DF).

Percebe-se, de qualquer modo, que os critérios reconhecidos inconstitucionais continuaram a ser aplicados ainda por seis anos após a decisão do STF, decisão essa que teve por único fundamento de direito o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, valendo o dispositivo tanto para a ADI 875 quanto para a ADO 23.

4 CRÍTICAS AO SISTEMA BRASILEIRO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS *PRO FUTURO*

A controvérsia provocada pelo julgamento da ADI 875 levanta alguns questionamentos sobre a modulação de efeitos prevista na Lei nº 9.868/1999, aplicáveis também ao art. 11 da Lei nº 9.882/1999, sendo que o primeiro deles diz respeito ao limite temporal de manutenção da situação de inconstitucionalidade.

Daniel Sarmiento é crítico da eficácia *pro futuro* ilimitada, que autoriza o STF a manter norma já reconhecida inconstitucional produzindo efeitos por até dez ou vinte anos. Argumenta o autor que não haveria justificativa para o retardamento dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade por prazo superior a seis meses (2002).

André Ramos Tavares aponta, ainda, que o uso da modulação temporal comprometeria a supremacia da Constituição ao permitir que a Corte Constitucional autorizasse a subsistência de norma incompatível com aquela (Tavares, 2012).

BasileChristopoulos, porsuavez, traz à baila a possível inconstitucionalidade da própria lei que autoriza o Poder Judiciário a permitir que norma contrária à Constituição produza efeitos em nosso ordenamento jurídico (2016).

Todas essas críticas, que perduram ao longo do tempo demonstrando quão complexa é a questão, ainda que admitam contra-argumentos, são merecedoras de atenção e provocativas o suficiente para demandar maiores reflexões sobre o

tema, por certo não sendo este o espaço adequado para a exaustão do debate cuja relevância exige. De qualquer sorte, algumas ponderações merecem registro.

A iniciar pelo vício formal de origem do ato normativo, estabelecendo-se o poder do Supremo Tribunal Federal de manter produzindo efeitos lei inconstitucional. Trata-se de um poder que só por via da Constituição poderia ser outorgado e não por via infraconstitucional, como se deu com as Leis n^os 9.868/1999 e 9.882/1999. O confronto é gritante: a Corte Constitucional declara inconstitucional, como no caso em estudo, de uma lei complementar, mas, com fundamento em uma lei ordinária, estabelece prazo para que essa lei complementar continue vigorando e produzindo todos os seus efeitos. Estabelece-se, juridicamente, uma situação anárquica, que abre um poder incontrolável ao Judiciário. E sem amparo constitucional.

Por outro lado, a largueza e indefinição da norma cobram do órgão julgador a tomada de uma posição. Porém, a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade no tempo tem como único limite o foro qualificado de ministros. O problema é que até essa regra enfrenta, de certo modo, exceção, como visto no caso da ADO 23, quando, em sede de liminar acautelatória o Ministro Presidente do STF estendeu a modulação dos efeitos *pro futuro* por mais 150 (cento e cinquenta) dias, fazendo-o monocraticamente. Ainda que situação excepcional, o problema jurídico permanece.

Poder-se-ia defender a modulação *pro futuro*, como o foi no caso em estudo, a partir da indispensabilidade de que a situação jurídica não poderia ficar à deriva de um mínimo de regulamentação, a ponto de a omissão ser mais gravosa do que a normatização inconstitucional. Contudo, o sistema oferece soluções constitucionais para a omissão inconstitucional – situação que consagra duas medidas próprias, ou o mandado de injunção, para conflitos subjetivos individuais ou coletivos, ou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. E foi exatamente essa segunda via a que os Estados interessados na distribuição de recursos do FDE manejaram, cujas verbas, ninguém ignora, são vitais para a subsistência dos entes federados. A diferença entre uma e outra solução – modulação de efeitos *pro futuro* e ações jurisdicionais adequadas (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão) – está na decisão a ser tomada: no primeiro caso, o STF ampara-se em regra de no mínimo discutível constitucionalidade; no segundo caso, o STF cria, frente à omissão, regra que entende adequada ao sistema constitucional. E essa “criação” do direito a reger o caso ou a situação concreta está inteiramente amparada na própria Constituição. Ser ou não a melhor solução não está em jogo, e sim a legitimidade constitucional

de tais decisões: nas omissões legislativas, pondo em risco a efetividade das normas constitucionais, o Poder Judiciário está constitucionalmente autorizado a supri-las, na modulação de efeitos *pro futuro*, não.

Cediço que os casos de omissão – seja pela inoperância do Poder Legislativo, seja porque retirada do ordenamento jurídico norma inconstitucional – conduzem a um estado de coisa inconstitucional no âmbito normativo que hipertrofia o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, até certo ponto em desequilíbrio do dogma da distinção dos poderes. Contudo, nesse espaço sensível ainda a melhor solução é seguir a própria Constituição, valendo-se o Poder Judiciário de mecanismos constitucionais, e não saídas encontradas pela lei infraconstitucional que até podem ser pragmáticas, mas em absoluto contribuem para a consagração de um Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa tratou da modulação de efeitos *pro futuro* e suas implicações teóricas e práticas no Direito brasileiro, tomando como referência a decisão na ADI 875, que possibilitou que norma constante em lei complementar tivesse sua eficácia postergada por mais de dois anos após a sua declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Viu-se a importância do sistema de controle de constitucionalidade para a manutenção da supremacia e da força normativa da Constituição, analisando a influência do controle na validade, vigência e eficácia das normas.

Analisou-se o sistema de modulação de efeitos, em seus diversos tipos, e o arcabouço normativo disposto no Brasil. A falta de previsão constitucional da técnica, bem como a previsão nas leis federais que cuidam da ADI e da ADPF foram tratadas, bem como suas características mais marcantes, como o uso de conceitos indeterminados (segurança jurídicas, interesse social), o quórum qualificado (oito ministros), bem como a fugacidade do lapso temporal na fixação de outro momento para a perda da eficácia da norma declarada inconstitucional, redundando da possibilidade da eficácia *pro futuro*.

Por fim, foi analisada a decisão na ADI 875, verificando que o Supremo Tribunal Federal determinou a postergação da eficácia da lei que dispunha critérios para a repartição de receitas por meio do Fundo de Participação dos Estados, em razão do grave risco que estes correriam em não atender os serviços públicos diante da possibilidade do não repasse, o que, por si só, não sustenta juridicamente a via da modulação dos efeitos *pro futuro*, instituída por lei

infraconstitucional, como solução para o impasse criado pelo estado de omissão normativa, quando a própria Constituição encontra soluções para suprir a mora legislativa, que, se provocados, podem gerar regulamentação da situação omissa não cominada de inconstitucionalidade, qualificando-se no seu próprio conteúdo.

De sorte que não só a falta de contornos rígidos e controláveis para proferir decisões dessa natureza, em descompasso aos valores da segurança jurídica necessárias ao ordenamento e requisito legal das próprias decisões que manipulam efeitos de normas declaradas inconstitucionais, mas o próprio espaço jurisdicional – como devido processo legal – de composição do conflito decorrente da omissão que a declaração de inconstitucionalidade pode ensejar é outro, pecando o caminho utilizado pela ausência de legitimação constitucional.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto D. de; SERRANO JÚNIOR, Vidal. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADO) nº 23. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4355253>>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. STF, Recurso Extraordinário nº 500171-ED/GO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2425020>>. Acesso em: 6 out. 2016.

_____. STF, Recurso Extraordinário nº 586453/SE. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2616941>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. STF, Recurso Extraordinário nº 723651/PR. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4334606>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CHRISTOPOULOS, Basile. *Orçamento público e controle de constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Supremo julgará novamente os critérios de partilha do FPE. *Revista Consultor Jurídico*, 15 mar. 2014. Disponível em: <www.conjur.com>.

br/2014-mar-15/observatorio-constitucional-stf-julgara-novamente-criterios-partilha-fpe>. Acesso em: 19 jul. 2016.

MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. II, 1991.

RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *Perspectivas de reformas da justiça constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei nº 9.868/1999. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Submissão em: 14.10.2016

Avaliado em: 14.11.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 16.11.2016 (Avaliador B)

Aceito em: 30.05.2017

