



EMERJ - ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OS EFEITOS DA MODULAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

William Jorge Dobbin Mendes

Rio de Janeiro
2017

William Jorge Dobbin Mendes

OS EFEITOS DA MODULAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de janeiro
2017

OS EFEITOS DA MODULAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

William Jorge Dobbin Mendes

Graduado pela faculdade Cândido Mendes –
Unidade Centro.

Resumo – a declaração de uma lei inconstitucional pode apresentar efeitos que interferem em inúmeras relações jurídicas. Assim, a jurisprudência com base nos princípios constitucionais, além do princípio da proporcionalidade, mitigava a aplicação dos efeitos da inconstitucionalidade. No entanto, não existia norma expressa que permitia tal aplicação e a mitigação dos efeitos da inconstitucionalidade foi uma construção jurisprudencial para sanar essa lacuna. Assim, a Lei 9868/99, em seu artigo 28 normatizou o instituto da modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade, para que não haja mais controvérsias sobre o seu uso.

Palavras-chaves - Direito Constitucional. Modulação. Controle de Constitucionalidade.

Sumário – Introdução – Modulação no direito comparado. Controvérsia sobre a constitucionalidade da modulação. Os efeitos da modulação no ordenamento jurídico. Há segurança jurídica no controle de constitucionalidade? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desse artigo é mostrar os efeitos que a modulação no controle de constitucionalidade pode acarretar na sociedade, mas sem afetar a segurança jurídica dos cidadãos e sem violar a própria Constituição.

Tal instituto constitucional possui importância no âmbito das relações jurídicas, pois ele é capaz de modificar determinada relação jurídica sem a anuência de uma das partes. No entanto, isso ocorre em razão do interesse social e da segurança jurídica, uma vez que essa relação seria realizada com base em norma que viola a constituição.

O Supremo Tribunal Federal, antes da constituição de 1988 já aplicava técnicas para assegurar um ordenamento jurídico seguro e sem normas que violem a Constituição. Assim, a partir de 1999, com a Lei 9868/99 foi normatizada a modulação através do art. 27, no qual seria possível restringir os efeitos de determinada decisão, a partir do seu trânsito em julgado ou de uma data determinada pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, com efeitos *ex nunc*.

Essa norma foi alvo de críticas doutrinárias e, inclusive, objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Entretanto, após julgamento pelo Supremo Tribunal Federal foi decidido que tal norma é constitucional e não viola o ordenamento pátrio, pois a utilização do efeito *ex nunc* tem o intuito de prevenir os cidadãos, conceder tempo para que possam modificar as relações estabelecidas, de acordo com a norma inconstitucional e adequar a

relação jurídica, conforme o novo entendimento. Isso tudo ocorre, sem que haja violação da segurança jurídica, uma vez que se a norma foi declarada inconstitucional, não poderia ela ser capaz de prover essa segurança.

Com base nessa discussão que se desenvolve o tema desse artigo.

O primeiro capítulo pretende demonstrar como é feita modulação, detalhando as técnicas aplicadas, com base na doutrina e na jurisprudência e a sua importância no ordenamento jurídico através da segurança jurídica e do princípio da isonomia.

O segundo capítulo irá discorrer sobre a controvérsia do art. 27 da lei 9868/99. O referido artigo foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade pelo OAB, que entende ser inconstitucional por violar a segurança jurídica e o direito adquirido nas relações jurídicas.

No último capítulo será exposto um caso concreto, em que foi aplicada a modulação com efeitos *ex nunc* e como repercutiu na sociedade, demonstrando as vantagens do instituto da modulação no controle de constitucionalidade.

A metodologia do trabalho será baseada pelo método dialético- quantitativa, pois o aluno demonstrará avanços jurídicos da sociedade através de fatos que ocorreram e levaram a determinada conclusão.

Para isso, utilizará a abordagem qualitativa, pois usará doutrina e jurisprudências para argumentar sua posição.

1. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA MODULAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A modulação no controle de constitucionalidade já era utilizada antes do advento da Lei 9868/99¹ e da Constituição Federal de 1988². Prevalecia na doutrina e na jurisprudência o uso da teoria da nulidade. Com base nessa teoria, a decisão que declara a inconstitucionalidade possui natureza declaratória e, assim, limita-se, apenas, a reconhecer uma situação preexistente. Esse reconhecimento tem como consequência, que os efeitos ocorram de forma retroativa, ou seja, *ex nunc*. Assim, não são admitidos efeitos válidos à lei

¹ BRASIL. Lei n°. 9869/99, de 10 de novembro de 1999. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 20 de mar.2017.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 9 de junho. 2017

considerada inconstitucional e as relações jurídicas constituídas, com base na referida lei inconstitucional, devem retornar ao seu *status quo ante*.

A teoria da nulidade é amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro e foi fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual “*the unconstitutional statute is not law at all*” e, com isso, grande parte da doutrina tem posicionamento pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade³. Para essa corrente, ao reconhecer os efeitos de uma lei inconstitucional, acarretaria na suspensão provisória ou parcial da constituição.

No entanto, com o decorrer do tempo, em situações específicas foi admitindo a relativização dessa teoria, o que gerou uma atenuação do efeito *ex nunc*, com base na boa-fé, justiça e segurança jurídica.

Com base no direito comparado alemão foram elencadas situações que envolveriam juízo de inconstitucionalidade sem nulidade ou sem efeitos *ex tunc*, como, por exemplo, a declaração de incompatibilidade da norma com Constituição sem a pronúncia de nulidade e a declaração de norma ainda constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade. Cabe ressaltar, que a doutrina também considera a hipótese de inconstitucionalidade superveniente, que consiste na modificação da jurisprudência ou de situações fáticas sobre a qual incidia a norma. Segundo Barroso, o STF já se posicionou no sentido de que o direito infraconstitucional anterior contrastante com a nova ordem constitucional fica revogado⁴.

A assembleia constituinte de 1988 apresentou proposta para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, contudo, tal proposta foi rejeitada. Assim, apenas com o advento da Lei 9868/99, o mecanismo da modulação foi introduzido, de forma expressa, em nosso ordenamento através do artigo 27⁵, da referida lei, no qual dispõe:

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.

Tal artigo foi alvo de controvérsias, pois Luis Roberto Barroso⁶, manifestou-se contra esse artigo, com os fundamentos de que a medida deveria ser feita através de emenda constitucional ao invés de lei infraconstitucional, o segundo fundamento consistia que o STF,

³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: Comentários à Lei 9868/99*, São Paulo: Saraiva, 2012, p.606.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶ BARROSO, op. cit., p.46.

já atenuava a teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais e, por fim, tinha o temor que essa exceção virasse regra, com base no interesse político.

De outro lado, Gilmar Mendes defendeu o novo mecanismo, pois o referido jurista defende a possibilidade de reconhecer uma declaração de inconstitucionalidade alternativa por se tratar de medida inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo⁷. Isso porque o modelo tradicional consiste em decisões com eficácia retroativa e seria necessária outra medida, que não consistisse na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico.

O art. 27 da Lei 9868/99 trata apenas da hipótese de declaração de inconstitucionalidade. No entanto, pode ser aplicada no controle de constitucionalidade incidental, no controle abstrato e, em casos de mudanças de jurisprudência consolidada sobre determinada matéria.

No controle de constitucionalidade incidental, o primeiro caso ocorreu no RE 197917⁸, que tratava sobre a constitucionalidade do art.6, parágrafo único da lei Orgânica n°222/90. Um dos principais casos utilizando essa modalidade foi a progressão de regimes em caso de crimes hediondos decidido no HC 82.959⁹.

Em casos de modificação de jurisprudência consolidada pode se utilizar o cancelamento da súmula 394 STF, que previa a subsistência do foro por prerrogativa de função, mesmo após o acusado do crime haver deixado o exercício funcional e o conflito de competência 7.204/MG¹⁰, no qual o STF passou a entender que a competência para o julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho seria da Justiça do Trabalho, e não mais da Justiça comum dos Estados.

A atribuição de efeitos *ex tunc*, nesses casos, é aplicada nos casos em que o entendimento alterado tornou-se pacífico por um longo período e os efeitos práticos a produzir correspondem são semelhantes aos da edição de uma nova lei.

Nesse ponto, cabe fazer uma ressalva, na qual existe uma tendência dos procedentes judiciais, em que a jurisprudência acaba por dizer o direito, diferente do modelo clássico

⁷ MENDES, op. cit., p.626.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197917. Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 17 abril. 2017

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em 17 de abril. 2017.

¹⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. CC 7.204. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%287204%2ENUME%2E+OU+7204%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zt4ddr3>. Acesso em: 20 jun. 2017.

brasileiro, que conferia suas decisões a apenas a normatividade das leis, com base no direito positivo de Hans Kelsen. Isso se deu em razão ao advento do neoconstitucionalismo, no qual o direito enquanto norma se tornou ultrapassado e, hoje dia, deve verificar os princípios e os valores éticos e morais, pois o neoconstitucionalismo tem como objetivo, além da proteção dos direitos individuais e limitação do poder político, garantir a aplicação do princípio da dignidade humana do indivíduo.

Dentro dessas hipóteses, pode ocorrer quatro efeitos diferentes, todos disposto no art. 27 da Lei 9868/99¹¹.

1. Declaração da inconstitucionalidade a partir do transito em julgado da decisão. (Efeitos *ex nunc*).
2. Declaração a inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (efeitos *ex tunc*)
3. Declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Com isso, o legislador poderá se manifestar sobre a situação de inconstitucionalidade
4. Declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc* e a preservação de determinadas situações.

Para a incidência do efeito prospectivo nesses casos, deve ser afastada a teoria da nulidade, com base num juízo de ponderação e no princípio da proporcionalidade, para que prevalece a segurança jurídica ou o interesse social relevante.

Assim, com a decisão da declaração de inconstitucionalidade, deve-se verificar os limites subjetivos e objetivos da decisão. No limite subjetivo, possui eficácia *erga omnes*, ou seja, contra todos. Isso ocorre, porque o art. 103¹² CF dispõe o rol de legitimados, que atuam de forma extraordinária, ou seja, agem em nome próprio, defendendo direitos da coletividade. Por isso, a decisão tem efeitos *erga omnes*, invés do efeito *inter partes*, regra em nosso ordenamento.

Tal efeito está previsto no art. 28¹³, parágrafo único da Lei 9868/99 e art. 102 §2¹⁴ da Constituição Federal, preveem que essas decisões têm eficácia *erga omnes*, ou seja, contra todos e efeito vinculante nas relações aos órgãos do poder judiciário e à administração Pública federal, estadual e municipal.

O art. 28, parágrafo único trouxe inovações no ordenamento para garantir a segurança jurídica das decisões proferidas, como a atribuição de efeito vinculante à declaração de inconstitucionalidade, atribuição de efeito vinculante nos casos de interpretação

¹¹ BARROSO, op. cit., p.72. (e-book)

¹² BRASIL. op. cit., nota 2.

¹³ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 2.

conforme a constituição e na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a extensão dos efeitos aos órgãos do poder judiciário e à administração pública Federal, Estadual e Municipal.

No limite objetivo, o efeito vinculante faz com que determinadas consequências da coisa julgada sejam impedidas de acontecer, como o impedimento de novo pronunciamento judicial e a eficácia preclusiva do próprio órgão julgador em rever a matéria.

Com o efeito vinculante, obriga a adoção da tese formulada pelo STF. No entanto, a decisão que julga procedente a inconstitucionalidade continua fazendo coisa julgada. Contudo, a decisão que julga improcedente o pedido de inconstitucionalidade produz, apenas, efeito vinculante para os tribunais, mas não para o STF, que poderá revê-la, se houver necessidade ou alteração fática no caso, a chamada cláusula *rebuc sic stantibus*.

Caso ocorra o descumprimento do efeito vinculante em órgãos judiciais, é possível a reclamação constitucional do art. 102, I, “I” CF¹⁵. Nos casos de descumprimento de órgãos de administração, deverá o prejudicado, realizar a impugnação pelos meios judiciais cabíveis.

Cabe ressaltar, que o efeito vinculante, apesar de estar ligada ao modelo positivista germânico, possui pontos em comuns com *state decisis* do EUA, ainda que ele seja *common law*, no qual prevalece a teoria dos precedentes.

Em sentido horizontal, o respeito as decisões do STF. No âmbito vertical, a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública, também denominado *binding effect*¹⁶.

Por fim, o poder legislativo não é afetado pelo efeito vinculante, pois isso impediria o legislador editar, no futuro, norma de conteúdo semelhante. O fundamento é que num Estado Democrático de Direito, não pode impedir o legislador de aprovar um projeto de lei. Com isso, deve-se sempre manter aberta a possibilidade de legislar qualquer matéria para evitar o fenômeno da “fossilização da constituição”.

Existia controvérsia se a vinculação era apenas no dispositivo ou se incluía a fundamentação da decisão. Nesse ponto, o STF, com base na transcendência dos motivos determinantes, reconhece a eficácia vinculante também dos fundamentos que levarão a chegar a tal decisão. Com isso, a vinculação dos órgãos judiciários e administrativos também estão ligadas às razões de decidir.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 297.

2. A CONTROVÉRSIA EM RELAÇÃO À MODULAÇÃO TEMPORAL

Inicialmente, a norma que modula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi apresentada na Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição Federal de 1988, apresentada pelo Senador Maurício Corrêa¹⁷, que foi rejeitada. Essa proposta dizia que quando o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinariam se eles perderiam a eficácia desde a sua entrada em vigor ou a partir da publicação da decisão declaratória.

Adiante, em 1994, com o processo de revisão, houve uma nova tentativa de implantar a norma, que foi novamente rejeitada. No caso, o relator do processo, o deputado Nelson Jobim¹⁸ apresentou uma proposta, no qual o art. 103, parágrafo 5 da Constituição Federal expressava que quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão.

Assim, apenas em 1999, com a aprovação da Lei 9868/99, que se permitiu, de forma expressa, a norma que consagra a modulação dos efeitos, admitindo, de forma excepcional, que a declaração de inconstitucionalidade não retroagisse ao início da vigência da lei. Cabe uma informação, que a referida lei foi elaborada em um texto feito pelo Ministro Gilmar Mendes¹⁹, no qual originou o projeto de lei n.º 2960/97²⁰.

Portanto, houve uma série de tentativas para que esse instituto fosse regulado na forma de norma e que não obteve êxito anteriormente.

A modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade, apesar de ser aplicada com costume na jurisprudência brasileira, não possui entendimento pacífico. Conforme explicado anteriormente, há divergências sobre sua aplicação.

¹⁷ BARROSO, op. cit., p.45.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid., p.46

²⁰ MENDES, op. cit., p. 569.

A primeira corrente, capitaneada, por Gilmar Mendes²¹, entende que o artigo 27 da Lei 9868/99 é um mecanismo eficaz por reconhecer uma declaração de inconstitucionalidade alternativa por se tratar de medida inerente ao modelo de constitucionalidade amplo.

Isso ocorre, pois caso não existisse tal técnica, quando houvesse a declaração de nulidade, haveria como consequência, omissão parcial do legislador, em razão da execução defeituosa do dever constitucional de legislar.

Com isso, caso uma lei fosse aplicada durante anos, a declaração de nulidade afetaria, de maneira desproporcional, a segurança jurídica. Portanto, com base no princípio da segurança jurídica, o princípio da nulidade deixaria de ser aplicado.

Deve ressaltar, que essa preponderância dependerá de um juízo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade. Por fim, não apenas a segurança jurídica precisa ser afetada para que seja afastado o princípio da nulidade, pode ser qualquer outro princípio constitucional materializado na forma de interesse social.

Ademais, tal situação não deve ser utilizada com frequência, tanto que o legislador adotou um sistema restritivo no seu procedimento, ao exigir um *quórum* especial de dois terços, para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Após a declaração de inconstitucionalidade, a lei se submeterá a um termo pré-fixado pelo próprio Tribunal. A definição do prazo deve assegurar a superação do posicionamento que foi considerado inconstitucional, de modo que não haja nenhuma pressa, pois caso contrário, haveria também insegurança jurídica.

Portanto, para existir a modulação dos efeitos é necessário que atinja algum princípio, constitucional ou infraconstitucional, de forma grave, a ponto de o sistema jurídico permitir que retroceda os negócios antes da criação da lei e não seja considerada violação da segurança jurídica.

Já o ministro Luís Roberto Barroso²² expõe que tal dispositivo possui críticas quanto à sua conveniência e oportunidade. Conforme explicitado no primeiro capítulo, Barroso dissertou 3 argumentos, explicitando sua posição contrária.

O primeiro argumento consiste que essa nova técnica deveria ser objeto de emenda constitucional, ao invés de lei ordinária. Isso porque, a orientação do STF era de reconhecer

²¹ MENDES, op. cit., p. 626.

²² BARROSO, op. cit., p. 46.

uma hierarquia constitucional à teoria da nulidade e, para isso, necessitaria de uma emenda à constituição.

O segundo argumento é no sentido que o STF já possuía em sua jurisprudência a atenuação da teoria da nulidade nas hipóteses que houvesse colisão de interesses, ou seja, 2 valores constitucionais em conflito. Com isso, não haveria necessidade de ato legislativo interferindo nessa matéria. Ademais, o referido doutrinador faz uma interpretação da norma, no qual, esta, veio restringir a liberdade de ponderação do STF, pois ao impor o quórum de dois terços, dificultou sua aplicação. Por fim, questiona se poderia o legislador ordinário criar requisitos sobre a ponderação de valores constitucionais.

Por fim, o terceiro argumento seria o temor que tal exceção virasse regra em razão de decisões políticas ou por interesses do Estado. Nesse ponto, a doutrina viu a flexibilização da nulidade da lei inconstitucional como positiva, em razão de pode utilizar tal norma para conseguir manobrar interesses em conflito²³.

Assim, para ambos os doutrinadores, ainda que possuam entendimentos divergentes sobre a criação da norma sobre modulação dos efeitos, entendem que a norma é constitucional.

No entanto, a Confederação Nacional das Profissões Liberais, na ADIn 2.154²⁴ e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na Adin 2.258-0²⁵, defendem a inconstitucionalidade do art. 27 da lei 9868/99. Cabe explicar, que a ADIn 2258-0 foi apensada ao processo da ADIn 2154-2, por envolver a discussão da mesma matéria, ou seja, a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9868/99.

Na ADIn 2154-2, o fundamento é que tal norma contraria o entendimento do STF, no sentido que a declaração de inconstitucionalidade, no exame do mérito da ação, produz efeitos ex tunc. Assim, tal declaração deveria retroceder até o momento de criação da norma considerada inconstitucional, pois uma norma inconstitucional é considerada norma inexistente.

Tal fundamento vem do direito civil em que ato nulo é ato inexistente e, por isso, lei ou ato que colidam com a Constituição Federal deve ser considerado inexistente desde a sua

²³ BARROSO apud SARMENTO, DANIEL - *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9868/99*, p. 125 e s

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2154. Relator Ministro Dias Tófoli. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1807999>. Acesso em: 20 mar. 2017

²⁵ BRASIL. Ibid.

criação e o STF admite a declaração ex nunc apenas em sede cautelar, jamais após a declaração definitiva de mérito.

A confederação também alegou o mesmo fundamento dito por Luís Roberto Barroso, no qual a norma deveria ser criada por emenda constitucional para ser considerada constitucional. Isso porque, sua aplicação atinge todo o sistema jurídico, alegando, inclusive, que o art. 5, II da Constituição Federal adquiriria uma nova leitura que consiste em: “uma lei “inválida” passar a ser “válida” por declaração do STF, por certo tempo”.

Por fim, sustentou a lei considerada “inválida”, pode causar tratamento desigual no campo tributário, importando num confisco do governo, pois tal modulação atende apenas ao interesse deste e, como consequência, trazendo insegurança jurídica em razão do casuísmo da norma.

Ressalta-se que o julgamento da ADIn ainda não foi realizado e, por motivos óbvios, o Ministro Gilmar Mendes está impedido de julgar a referida ação.

3.A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA PRÁTICA JUDICIÁRIA

Conforme explicado nos capítulos anteriores, a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade tem por objetivo assegurar a segurança jurídica. Com base nesse princípio, a teoria da nulidade deixaria de ser aplicada, de forma imediata, quando se reconhecesse uma nulidade.

Nesses casos, os Ministros do Supremo Federal, com base no art. 27 da Lei n° 9868/99²⁶, podem aplicar os efeitos de uma decisão de norma considerada inconstitucional, para momento posterior, através do quórum de 2/3 dos ministros.

O capítulo presente irá discorrer sobre um caso, no qual foi aplicado o art. 27 da Lei n° 9868/99. Tal fato ocorreu, na Ação de Declaração de Inconstitucionalidade n° 2240²⁷, no

²⁶ BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2240. Relator: Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

qual o autor contestava a Lei baiana 7619/00, que criava o município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia.

O art. 18, parágrafo 4 da Constituição Federal²⁸ dispõe que a criação de municípios deve ocorrer por lei complementar, que regulamentará as regras gerais, para que cada estado crie seus próprios municípios.

No entanto, por omissão dos legisladores, essa norma ainda não existe no ordenamento. Contudo, isso não impediu, que os chefes do executivo, criassem novos municípios.

Assim, o Partido dos Trabalhadores (PT) ingressou com uma ação de declaração de inconstitucionalidade, para que a Lei estadual baiana n° 7619/00 fosse declarada inconstitucional, pois, essa, criava o município de Luís Eduardo Magalhães.

A criação de municípios não poderia ser possível, pois não existia lei complementar federal que regulamentasse essa hipótese.

O STF julgou a ação procedente, porém não pronunciou a nulidade do ato de criação. Pelo contrário, com base na segurança jurídica, estabeleceu a vigência do município pelo prazo de 24 meses, para que o legislador estadual crie novo regramento, a fim de que o ente seja considerado válido.

Como é possível observar, o princípio da segurança jurídica foi aplicado, pois mitigou a teoria da nulidade ao não aplicar a inconstitucionalidade de imediato. A decisão considerou que seria mais gravoso a inconstitucionalidade da norma, do que a criação de município, sem a presença de lei complementar autorizadora. O princípio da segurança jurídica prevaleceu para beneficiar a preservação do município.

Isso decorre das atividades que deixariam de ser praticadas, caso houvesse a extinção do município. De início, diversas empresas, que possuíssem contratos com o município seriam extintos e, conseqüentemente, ocorreria a demissão de grandes números de pessoa.

Em que pese, os municípios do Brasil não possuem grandes populações, tal declaração de pronúncia de nulidade, acabaria com o desenvolvimento social da área, pois as inúmeras demissões e afastamento de um ente federativo, traria abandono para a população.

²⁸ BRASIL. op. cit., nota 2.

Ademais, o judiciário não pode limitar a criação de municípios, pois o próprio legislador federal é omissor. Portanto, a não legislação dessa norma, acarretaria, em violação da boa-fé, pois caso contrário, o Brasil não poderia criar nenhum município novo até que viesse lei regulamentadora sobre o assunto. Tal situação acarretaria na petrificação do direito, uma vez que dependeria apenas da boa-vontade do legislador para que houvesse mudanças no sistema jurídico.

Por isso, o STF entendeu pela inconstitucionalidade, mas não declarou nulidade, pois o município no caso concreto traz mais benefícios, com a sua existência e validade, do que no caso de declarada sua inconstitucionalidade, que traria mais prejuízos do que benefícios.

Por fim, os ministros regularam o prazo de 24 meses para o legislador corrigir sua omissão, em não produzir a legislação adequada no prazo correto.

Isso demonstra que o judiciário tem um poder cada vez maior nas decisões políticas do país. A modulação de efeitos serve como mecanismo de ponderação, para que decisões de controle de constitucionalidade seja fundamentada de maneira idônea e diminua os prejuízos, da melhor maneira possível. Isso porque, toda decisão de inconstitucionalidade, irá acarretar prejuízos econômicos ou sociais para alguma das partes. Assim, essa modulação serve como parâmetro para que essas pessoas possam se estruturar nesse prazo e, por isso, não traga maiores prejuízos, em razão do legislador federal que foi omissor na sua função de legislar.

Com isso, o instituto da modulação veio a agregar o sistema jurídico, para evitar decisões prejudiciais e que traga violação a segurança jurídica das pessoas e entes.

CONCLUSÃO

Os efeitos da modulação no controle de constitucionalidade foi uma criação jurisprudencial, que usava a teoria da nulidade, para declarar a inconstitucionalidade de uma norma. Assim, as ações constitucionais possuíam natureza declaratória, uma vez que tinha a função de declarar se a norma era ou não harmônica com o ordenamento jurídico.

Inicialmente, com base na teoria da nulidade, que possui origem americana, havia a equiparação entre a inconstitucionalidade e a nulidade, pois ao declarar a

inconstitucionalidade, a norma se tornava nula. Contudo, com o passar do tempo, ocorreram situações em que a teoria da nulidade foi mitigada, com a aplicação de efeito *ex nunc* nas decisões de controle de constitucionalidade, fundando no princípio da boa-fé, justiça e segurança jurídica.

Houve também, com base no direito comparado alemão, situações na qual o juízo de inconstitucionalidade poderia ser realizado sem nulidade, com efeitos *ex nunc*, como nos casos de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

Em 1998, a Lei 9868/99 normatizou o instituto da modulação no controle de constitucionalidade, em seu artigo 27. Esse artigo foi alvo de divergências, pois uma corrente doutrinária afirmava, que o instituto devia ser regulado através de emenda constitucional, além do temor que a exceção criada constituísse regra geral, posteriormente.

Deixar de legislar, com receio de eventual desvirtuação da norma, torna-se um risco para o avanço da sociedade, pois essa, é feita de erros e acertos. Assim, a omissão do legislador seria mais prejudicial do que benéfica, uma vez que a sociedade sempre deve tentar melhorar suas leis para haver progresso e isso só é possível com a implementação de novos meios.

Assim, outra corrente doutrinária se faz mais acertada quando defende a normatização da norma, pois o modelo até então vigente consistia na eliminação direta e imediata da lei, com efeitos retroativos. No entanto, com os avanços da sociedade, eram necessárias medidas que atenuasse de forma objetiva essa eliminação direta e imediata da lei, inerentes ao modelo de constitucionalidade amplo.

Na prática, a modulação dos efeitos consistiu numa maior segurança jurídica, pois atenua a inconstitucionalidade da norma, com o efeito *ex nunc*, preservando as relações jurídicas realizadas na vigência da norma considerada inconstitucional, através de uma ponderação, com base no princípio da proporcionalidade.

O artigo 27 da Lei 9868/99 também é aplicável no controle de constitucionalidade incidental, no controle abstrato, e em casos de mudança de jurisprudência. Em relação aos efeitos, pode ocorrer 4: a declaração da inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*, declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e, por fim, a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc* e a preservação de determinadas situações específicas.

Portanto, houve um aumento de efeitos, com a criação da norma, o que possibilitou uma abrangência melhor julgar determinadas relações jurídicas, sem que afetasse a segurança jurídica, além de estabelecer como se proceder nos casos de inconstitucionalidade, com efeitos *ex nunc*, inclusive, com a regulamentação do prazo, no qual a decisão irá entrar em vigência.

A decisão que faz coisa julgada tem eficácia vinculante, ou seja, produz efeitos para todos os tribunais, exceto o STF, que poderá revê-la, no caso de alteração fática no caso, com a cláusula *rebus sic stantibus*.

Em relação ao Poder Legislativo, não há eficácia vinculante, caso contrário, impediria o legislador de legislar sobre o tema e, com isso, poderia haver uma “fossilização da constituição”.

Por fim, o art. 27 da Lei 9868/99 é alvo de uma ação de declaração de inconstitucionalidade, no qual, a OAB pede a inconstitucionalidade do artigo, com fundamento de que a declaração de inconstitucionalidade, no exame do mérito da ação, produz efeitos *ex tunc*, pois uma norma inconstitucional é considerada norma inexistente.

Essa Adin ainda não foi julgada, contudo, espera-se que o resultado dessa ação seja pela improcedência do pedido, pois com visto durante o artigo, a aplicação direta e imediata da inconstitucionalidade, pode trazer insegurança jurídica para as partes numa relação jurídica, pois de um dia para o outro, um contrato pode ficar inexistente, gerando prejuízos para ambas as partes. O mais prudente e harmônico é estabelecer um prazo para as pessoas se adequarem ao novo ordenamento e, com isso, evitando prejuízos para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº. 9869/99, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 20 de mar.2017.

_____. Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2154. Relator Ministro Dias Tófoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1807999>. Acesso em: 20 de mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2240. Relator: Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 20 de mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. CC 7204. Relator: Celso Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%287204%2ENUME%2E+OU+7204%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zt4ddr3>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MENDES, Gilmar. *Controle abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC, ADO*. Comentários à Lei n° 9868/99. São Paulo: Saraiva 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*, 9. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.