



Kleber Sales

4

QUANDO O STF OPTA PELA EFICÁCIA PROSPECTIVA DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE?

WHEN SHOULD BRAZILIAN SUPREME COURT DECIDE ON THE PROSPECTIVE EFFECTIVENESS OF THE UNCONSTITUTIONALITY RULINGS?

Daniel Marchionatti Barbosa

RESUMO

Discute sobre as decisões de inconstitucionalidade definitivas às quais o Supremo Tribunal Federal atribuiu efeitos futuros, ou fixou marco temporal de eficácia, tomadas até o final de junho de 2008.

Analisa pontos em comum e pontos de divergência das referidas decisões, buscando verificar como o Tribunal decide pela declaração de inconstitucionalidade prospectiva e em que casos adota tal opção.

Considera preocupante o emprego da modulação temporal de efeitos para restringir direitos individuais.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; controle de constitucionalidade; modulação de efeito; eficácia prospectiva; eficácia *ex nunc*; segurança jurídica; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The author discusses the final unconstitutionality rulings – issued until June 2008 – which were either considered as having forthcoming effectiveness or were set time limits for taking effect by the Brazilian Supreme Court.

He assesses points of convergence and divergence among the mentioned decisions, trying to establish how the Court decides on prospective unconstitutionality and in which cases such ruling is adopted.

He believes the application of temporal modulation of effects for individual rights restriction to be a major cause for concern.

KEYWORD

Constitutional Law; constitutionality control; modulation of effect; prospective effectiveness; ex nunc effectivity; juridical security; Brazilian Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal do Brasil entende que as leis inconstitucionais são nulas. Esse vício atingiria a norma inconstitucional desde sua produção, impedindo que ela regesse as relações jurídicas durante sua vigência aparente. Daí serem atribuídos à declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos efeitos *ex tunc*.

Entretanto, a Lei n. 9.868/99 previu, em seu art. 27, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal fixar o momento em que a norma inconstitucional perde a eficácia: *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.*

Dispositivo semelhante consta do art. 11 da Lei n. 9.882/99, que trata da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O presente artigo busca responder à questão enunciada no título: quando o STF opta pela eficácia prospectiva das decisões de inconstitucionalidade? Para tanto, iniciamos com a pesquisa da jurisprudência do Tribunal para localizar os casos em que esse tipo de decisão foi tomada.

O primeiro dispositivo entrou em vigor em 11/10/1999. Foi aplicado pela primeira vez no julgamento do Recurso Extraordinário 197.917, concluído em 24/3/2004 (caso da proporcionalidade no número de vereadores). De lá até o final de junho de 2008, quando a Corte entrou em recesso e esta pesquisa foi encerrada, foram localizados doze casos diferentes¹ nos quais o Supremo Tribunal Federal optou pela modulação temporal dos efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade.

Reunidos os casos, passamos à análise do método de decisão da Corte, a forma como o Tribunal concluiu pela modulação de efeitos.

Por fim, analisamos alguns aspectos dos casos, para identificar pontos em comum e de divergência entre eles, bem como para tentar localizar tendências de decisão.

2 OS CASOS

Até o final de junho de 2008, quando a Corte entrou em recesso e esta pesquisa foi encerrada, em doze casos diferentes o Supremo Tribunal Federal optou pela modulação temporal dos efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade. Apresentamos breve resumo deles.

2.1 CASO DA PROPORCIONALIDADE NO NÚMERO DE VEREADORES

Processo/data de julgamento: RE 197.917 (24/3/04) e RE 266.994 (31/3/04).

Descrição: o Tribunal reviu a jurisprudência que afirmava que o número de vereadores poderia ser fixado pelas leis orgânicas municipais, observados os parâmetros do art. 29, inc. IV, da Constituição, para assentar que esta exige proporcionalidade matemática entre o número de habitantes e o número de vereadores. Com isso, o número de vereadores nos municípios em questão seria reduzido.

Modulação: efeitos a partir da legislação subsequente ao julgamento.

Parâmetro de controle: art. 29, IV. Inconstitucionalidade material.

Embora descreva abstratamente o processo decisório como uma ponderação, em nenhum caso o STF demonstra de forma detalhada o processo concreto de avaliação dos princípios em conflito para chegar a uma decisão de prevalência.

2.2 CASO DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM PROL DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Processo/data de julgamento: ADI n. 3.022 (2/8/2004).

Descrição: o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que conferia à defensoria pública competên-

cia para atuar em defesa de servidores processados por atos funcionais.

Modulação: mantida a eficácia da norma inconstitucional até o final do ano.

Parâmetro de controle: art. 134. Inconstitucionalidade material.

2.3 CASO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

Processo/data de julgamento: HC 82.959 (23/2/2006).

Descrição: o Tribunal, revendo jurisprudência anterior, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da lei dos crimes hediondos que determinava o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime prisional integralmente fechado.

Modulação: Efeitos *ex nunc*, aplicando-se a progressão às penas em execução, porém afastando-se a responsabilidade civil pelo excesso das execuções nas quais a lei inconstitucional foi aplicada.

Parâmetro de controle: art. 5º, inc. XLVI. Inconstitucionalidade material.

2.4 CASO DOS LIMITES TERRITORIAIS DOS MUNICÍPIOS

Processo/data de julgamento: ADI n. 3.615 (30/8/06)

Descrição: o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que redefiniu limites territoriais de municípios por não ter sido editada a Lei Complementar Federal necessária para a alteração.

Modulação: Declarada a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*.

Parâmetro de controle: art. 18, §4º. Inconstitucionalidade formal.

2.5 CASO DA CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS

Processo/data de julgamento: ADIs 2.240, 3.316, 3.489 (9/5/2007) e 3.689 (10/5/2007).

Descrição: o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que criavam municípios, por não ter sido editada a Lei Complementar Federal necessária.

Modulação: deu-se 24 meses de sobrevida aos municípios, nos quais deveriam ser cumpridos os requisitos de criação.

Parâmetro de controle: art. 18, §4º. Inconstitucionalidade formal.

2.6 CASO DA PARTILHA DO ICMS PROCESSO/DATA DE JULGAMENTO: RE 401.953 (16/5/2007).

Descrição: o Tribunal julgou inconstitucionais os dispositivos de leis estaduais que estabeleciam determinados critérios de partilha das receitas do ICMS, favorecendo municípios menores em detrimento de maiores.

Modulação: Foi declarada a inconstitucionalidade do critério adotado, mas determinado que o legislador, ao regular a compensação dos valores pagos a maior aos municípios favorecidos pela regra inconstitucional, estabeleça limite de desconto, de forma que a interrupção brusca do fluxo de capital não inviabilize os municípios pequenos.

Parâmetro de controle: art. 158. Inconstitucionalidade material.

2.7 CASO DA MODULAÇÃO INVERTIDA

Processo/data de julgamento: ED na ADI n. 3.756 (24/10/2007).

Descrição: o Tribunal declarou a **constitucionalidade** dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal que determinam a observância pelo Distrito Federal das regras relativas aos Estados – e não aos municípios.

Modulação: foi feita modulação invertida. A inconstitucionalidade foi rejeitada, mas o prazo para adaptação previsto no art. 23 da LRF, mediante redução de despesas, foi considerado aberto a partir da decisão.

Parâmetro de controle: nenhum.

6

Uma violação formal à Constituição indica apenas que o processo de tomada da decisão inconstitucional não foi devidamente observado, ou seja, a decisão poderia ser validamente tomada de acordo com a Constituição [...].

2.8 CASO DO PROVIMENTO IRREGULAR DE CARGOS DE DEFENSOR PÚBLICO

Processo/data de julgamento: ADI 3.819 (24/10/2007).

Descrição: o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que davam provimento do cargo de defensor público a servidores públicos de carreiras jurídicas em extinção.

Modulação: Efeitos prospectivos para manter os defensores ilegalmente investidos por seis meses, permitindo ao Estado providenciar a renovação do quadro.

Parâmetro de controle: art. 37, II e art. 134, §1º. Inconstitucionalidade material.

2.9 CASO DA ADMINISTRAÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS PELO PODER EXECUTIVO

Processo/data de julgamento: ADI 3.458 (21/2/2008).

Descrição: o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que conferia ao Poder Executivo a administração de depósitos judiciais.

Modulação: Declarada a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, preservando os depósitos realizados pelo sistema inconstitucional.

Parâmetro de controle: art. 61, §1º (formal) e art. 2º (material).

2.10 CASO DA DESTINAÇÃO DAS CUSTAS

Processo/data de julgamento: ADI 3.660 (13/3/2008)

Descrição: o Tribunal julgou inconstitucionais os dispositivos de leis estaduais que destinavam parcela da arrecadação de custas judiciais e extrajudiciais à entidades associativas.

Modulação: Atribuição de efeitos a partir da entrada em vigor da EC 45/04, de forma que as associações não sejam obrigadas a devolver as contribuições recebidas antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional.

Parâmetro de controle: art. 5º, art. 145, II, e art. 98, §2º, cfe. EC 45/04. Inconstitucionalidade material.

2.11 CASO DO HORÁRIO DO FORO ESTABELECIDO POR PORTARIA

Processo/data de julgamento: ADI 2.907 (4/6/2008).

Descrição: o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de Portaria da presidência de Tribunal de Justiça que fixava o horário do foro, sustentando que a decisão só poderia ser tomada por órgão colegiado que representasse o Tribunal.

Modulação: Declarada a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, para evitar a impugnação de efeitos da Portaria declarada inconstitucional.

Parâmetro de controle: art. 91, inc. I. Inconstitucionalidade formal.

2.12 CASO DA DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Processo/data de julgamento: RE 556.664, 559.882 e 560.626 (12/6/08).

Descrição: o Tribunal julgou inconstitucionais os dispositivos de leis de *status* ordinário que tratavam da decadência e da prescrição das contribuições sociais, em desacordo com as normas gerais de Direito Tributário.

Modulação: Restrição dos efeitos para impedir a restituição das contribuições pagas sem que haja pedido de restituição ajuizado até a data do julgamento.

Parâmetro de controle: art. 146, III, **b**, + CTN. Inconstitucionalidade formal.

3 ESTRUTURA DE DECISÃO

Na maior parte dos casos analisados, as decisões não oferecem maior esclarecimento quanto ao processo empregado para chegar à modulação de efeitos.

No entanto, alguns acórdãos, especialmente aqueles nos quais o Ministro Gilmar Mendes foi relator, contêm alguma explicação acerca da estrutura de decisão. Em linhas gerais, a modu-

lação de efeitos é descrita como fruto da seguinte ponderação:

PRINCÍPIO DA NULIDADE
DA NORMA INCONSTITUCIONAL

v.

SEGURANÇA JURÍDICA ou
EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL

A estrutura de decisão foi assim descrita pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI 2.240 (caso da criação de municípios), no HC 82.959 (caso da progressão de regime nos crimes hediondos), e nos RES 556.664, 559.882 e 560.626 (caso da decadência e prescrição das contribuições sociais). No RE 197.917 (caso da proporcionalidade no número de vereadores), afirma o ministro que *o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social*. Na ADI 3.819 (caso do provimento irregular de cargos de defensor público), o Ministro César Peluso deixa clara a preocupação com a força normativa da Constituição, suporte ao princípio da nulidade, tentando evitar a abertura de precedente que *justificará aos Estados, aos Municípios e à União criar normas inconstitucionais, deliberadamente, na justa expectativa de que o Tribunal, amanhã ou depois, lhes permita a sobrevivência!*. Preocupação semelhante é manifestada na ADI 3.458 (caso da administração de depósitos judiciais pelo Poder Executivo), na ADI 3.660 (caso da destinação das custas), nos RES 556.664, 559.882 e 560.626 (caso da decadência e prescrição das contribuições sociais) e na ADI 2.907 (caso do horário do foro estabelecido por Portaria), nos votos do Ministro Marco Aurélio.

Embora descreva abstratamente o processo decisório como uma ponderação, em nenhum caso o STF demonstra de forma detalhada o processo concreto de avaliação dos princípios em conflito para chegar a uma decisão de prevalência². A despeito disso, pode-se cogitar de algumas características da ponderação ela mesma.

O Tribunal nunca mencionou, mas é possível afirmar que os princípios em ponderação não têm o mesmo peso abstrato³. O peso do princípio da nulidade é, abstratamente, maior do que o dos princípios a ele confrontados – segurança jurídica ou outro excepcional interesse social. A percepção dessa diferença de peso abstrato decorre da análise de elementos internos e externos à ponderação.

Da análise da própria estrutura de ponderação, o peso abstrato maior do princípio da nulidade é percebido por algumas características. A nulidade é a hipótese geral; se nada for dito, a declaração de nulidade terá efeitos *ex tunc*. Com isso, o ônus argumentativo recai sobre a proposta de modulação de efeitos da decisão. De outra parte, não é qualquer ameaça à segurança jurídica ou a interesse social que admite a opção pela eficácia prospectiva. De alguma forma, toda declaração de inconstitucionalidade afronta a segurança jurídica ou outro interesse social, e apenas excepcionalmente a eficácia *ex nunc* é observada. Isso permite concluir que a ameaça à segurança jurídica ou a outro interesse social deve ser “excepcional”, ou seja, além do comum. Esse adjetivo, empregado expressamente em relação ao “interesse social” pelo art. 27 da Lei n. 9.868/99, também qualifica a violação à segurança jurídica que permite a modulação temporal de efeitos.

Não se pode dizer que exista uma tendência maior de preservar efeitos de atos materialmente inconstitucionais; mas a pequena preponderância é forte indicativo de que esse dado não está sendo considerado nas decisões.

Externamente à ponderação, o peso abstrato maior do princípio da nulidade é verificado pela necessidade de maioria qualificada – dois terços dos membros da Corte – para realizar a opção pela modulação temporal de efeitos. A formação da maioria nada tem a ver com a ponderação ela mesma. Uma ponderação equivocada pode, em tese, convencer todos os membros da Corte, ao passo que uma ponderação correta pode não convencer nenhum. Daí a afirmação de ser a maioria qualificada elemento externo à ponderação. No entanto, a necessidade de dois terços dos membros do Tribunal revela uma preferência abstrata pela nulidade ampla. A exigência de

consenso – ou, no caso, de um grau de aceitação por maioria qualificada – pode ser ligado ao princípio da razoabilidade⁴. A exigência de uma maioria qualificada indica que a proposta deve ser razoável, no sentido de criar um consenso, ou ao menos convencer um número elevado de participantes do debate.

Feita a análise da técnica de decisão empregada, resta relacionar os casos em que ela já foi empregada, buscando elementos que possam auxiliar na solução da pergunta fundamental deste trabalho.

4 FATORES QUE NÃO DETERMINAM A DECISÃO

A partir dos casos descritos, foi possível traçar algumas generalizações. Neste capítulo, analisamos fatores que, intuitivamente, poderiam impedir a modulação, determinando a completa exclusão dos efeitos do ato declarado inconstitucional, ou ao menos reforçar o já grande peso abstrato do princípio da nulidade. Como se verá, os resultados não correspondem às expectativas.

4.1 CARÁTER MATERIAL DO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Uma violação formal à Constituição indica apenas que o processo de tomada da decisão inconstitucional não foi devidamente observado, ou seja, a deci-

são poderia ser validamente tomada de acordo com a Constituição, desde que seguido o processo adequado. Portanto, os efeitos do ato declarado inconstitucional não são, em si, contrários à Constituição. Já na violação material, o conteúdo da norma inconstitucional é contrário à Constituição, ou seja, seus efeitos são, em si, contrários à Carta.

Por isso, pode-se projetar uma probabilidade menor de manutenção de efeitos de atos materialmente constitucionais.

Dentre os casos decididos, em seis casos, a inconstitucionalidade declarada foi material. Em quatro, formal. Em um, ambos.

Há uma predominância de casos em que a inconstitucionalidade verificada era material. É um resultado contra-intuitivo.

Não se pode dizer que exista uma tendência maior de preservar efeitos de atos materialmente inconstitucionais; mas a pequena preponderância é forte indicativo de que esse dado não está sendo considerado nas decisões. Isso é reforçado pela análise das fundamentações das decisões; não há nenhuma referência ao caráter formal ou material da inconstitucionalidade quando da tomada da decisão acerca da modulação.

4.2 CARÁTER FUNDAMENTAL DO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No caso da progressão de regime nos crimes hediondos, o parâmetro de controle de constitucionalidade foi o direito fundamental à individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI). Os direitos e garantias individuais são preceitos fundamentais da Constituição. Ainda contra uma norma desse elevado *status*, o Supremo entendeu possível preservar efeitos do ato inconstitucional.

Embora seja apenas um caso, serve como indicativo de que mesmo uma norma que viola preceito fundamental da Constituição pode ter seus efeitos preservados pelo Supremo.

Em verdade, os casos analisados não permitem concluir que alguma qualidade da norma parâmetro seja impeditiva à ponderação, ou mesmo que atribua maior valor abstrato ao princípio da nulidade na ponderação. O Tribunal não atribui maior relevância ao parâmetro na opção pela modulação de efeitos da decisão. Podem ser preservados efeitos de normas violadores de qualquer norma constitucional – mesmo direitos fundamentais. Violações materiais ou formais podem ter seus efeitos preservados, de maneira indistinta.

4.3 RESTRIÇÃO A DIREITOS SUBJETIVOS

Duas das decisões do STF (caso da progressão de regime nos crimes hediondos e caso da decadência e prescrição das contribuições) têm uma característica importante e muito preocupante: reconhecem atos normativos como inconstitucionais, mas preservam os efeitos deles, com o declarado objetivo de limitar direitos individuais.

Uma primeira coisa que se infere daí é que a violação a direitos individuais não serve para afastar a possibilidade da modulação. Em verdade, a restrição a direitos individuais é usada, nesses dois casos, como o fim da adoção de efeitos para o futuro.

É intuitivo que as alterações da jurisprudência do Supremo sobre questões constitucionais aumentem a chance de que os atos praticados de acordo com a interpretação anterior da Corte mereçam uma maior proteção.

Resta ver se a utilização da técnica da modulação de efeitos nesses casos é juridicamente sustentável. Entendemos que não, com base em uma série de argumentos ainda não enfrentados pelo Supremo.

Nos casos de restrição a direitos individuais em modulação de efeitos das decisões no controle de constitucionalidade, o Tribunal decide abstratamente sobre direitos individuais homogêneos lesionados, dando margem, pelo menos, às seguintes

violações a direitos fundamentais:

Primeira, é suprimido o direito material de pessoas que não estavam representadas no processo, nem a ele foram chamadas, e nem teriam legitimidade para nele intervir, violando o direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, inc. LV).

Segunda, é conhecida diretamente questão de competência das instâncias inferiores (os direitos individuais de pessoas não representadas não compõem o pedido das ações ou recursos submetidos ao Tribunal, não sendo, por força do art. 102 da Constituição, competência da Corte falar pela primeira vez sobre eles), violando o princípio do juiz natural (art. 5º, inc. XXXVII).

Terceira, é potencialmente suprimido o direito do lesionado pelo ato preservado de buscar a reparação junto ao Poder Judiciário. Isso é francamente incompatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV).

Há de se considerar se a decisão, no capítulo em que preserva os efeitos dos atos inconstitucionais, vincula os demais órgãos do Poder Judiciário. Em caso positivo, os juizes estarão impedidos de sequer conhecer as ações de reparação, devendo extingui-las sem exame de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Em caso contrário, a modulação de efeitos terá sido totalmente vã, ou terá caráter meramente indicativo para o juiz que recebe a ação de reparação. Ou seja, a modulação de efeitos ou viola a inafastabilidade da jurisdição, ou é inútil.

Tome-se o caso da progressão nos crimes hediondos. O Tribunal, revendo jurisprudência anterior, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da lei dos crimes hediondos que determinava o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime prisional integralmente fechado. Atribuiu efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, aplicando a progressão às penas em execução, porém afastando a responsabilidade civil pelo excesso das execuções nas quais a lei inconstitucional foi aplicada.

Na medida em que o preso se sinta lesado pela execução da pena de acordo com a regra declarada inconstitucional, tem o direito de pleitear em juízo a reparação. Não se está, com isso, afirmando que os condenados têm o direito à reparação, no entanto, não se pode negar o direito de agir em juízo em sua busca. O pleito, com certeza, não será desarrazoado. A responsabilidade civil objetiva do Estado por seus atos em geral (art. 37, § 6º) e pelo excesso na execução penal em particular (art. 5º, inc. LXXV) tem *status* constitucional. A decisão sobre o cabimento ou não da reparação deve ser tomada nos processos concretos eventualmente movidos pelos condenados. Não é possível ao Supremo, na via estreita do *habeas corpus*, no qual se está debatendo apenas o direito à imediata progressão do regime, decidir pelo descabimento da indenização, não só para o paciente, mas para toda a massa de executados em situação semelhante, e suprimir o próprio direito de pedir em juízo a reparação.

Talvez ainda mais grave seja o caso dos prazos decadenciais e prescricionais das contribuições. O Tribunal, em suma, declarou a inconstitucionalidade de normas que alargavam os prazos de exigência das contribuições. O contribuinte que cede à exigência extemporânea tem não só o evidente e inafastável direito de agir em juízo buscando a repetição do indébito, como o direito à própria devolução (art. 165, inc. I, do CTN). O Supremo, atuando sem ter competência para tanto, deliberada e conscientemente suprimiu direito individual reconhecido pela lei e ainda impediu o prejudicado de pleitear em juízo seu direito.

Em ambos os casos, sem ter poder para tanto, o Tribunal criou regra de anistia em favor do Estado, regra essa com pretensão de ser incontestável perante o Poder Judiciário.

Em suma, a restrição a direitos individuais pela via da modulação de efeitos é francamente inadequada.

4.4 MANIFESTAÇÃO ANTERIOR SOBRE A QUESTÃO CONSTITUCIONAL

É intuitivo que as alterações da jurisprudência do Supremo sobre questões constitucionais aumentem a chance de que os atos praticados de acordo com a interpretação anterior da Corte mereçam uma maior proteção. Nesses casos, leis ou atos normativos foram editados de acordo com a jurisprudência do Supremo, mas, levadas a ele no controle de constitucionalidade, em face de alteração de entendimento, são considerados inconstitucionais.

Nos casos da proporcionalidade do número de vereadores e da progressão de regime nos crimes hediondos, a mudança de interpretação quanto à questão constitucional foi empregada como fator favorável à modulação de efeitos.

No caso da destinação das custas a entidades de direito privado, no entanto, o Tribunal adotou linha bem diferente. Muito embora a norma impugnada estivesse em desacordo com a jurisprudência do Tribunal, foram mantidos seus efeitos.

Ou seja, o fato da norma, por ocasião de sua edição, desafiar a jurisprudência do Tribunal, por si só, não afasta a possibilidade de que seus efeitos sejam mantidos.

5 QUANDO O STF OPTA PELA EFICÁCIA PROSPECTIVA DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE?

Partindo dos dados recolhidos, é possível identificar três hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal tende a dar eficácia prospectiva às declarações de inconstitucionalidade.

5.1 DECISÕES SOBRE NORMAS RELATIVAS À ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Tribunal demonstrou simpatia pela preservação de efeitos e criação de prazo para adaptação quando declarou a inconstitucionalidade de normas que estruturam a administração pública, em todos os seus níveis, e de todos os poderes estatais.

Assim foi no caso da proporcionalidade no número de vereadores, da redefinição dos limites de municípios, da atuação da defensoria em defesa de servidores públicos, da criação de municípios, do ingresso indevido na carreira de defensor público, da partilha do ICMS, da administração de depósitos judiciais pelo Executivo e do horário do foro por portaria.

É possível concluir que o Tribunal tende a preservar a eficácia e mesmo conferir prazo para adaptação aos atos inconstitucionais que dizem respeito à organização da administração.

Em alguns casos, a atribuição de efeitos *ex tunc*, ou mesmo imediatos, à decisão de inconstitucionalidade, poderia comprometer seriamente a ordem administrativa e impedir a continuidade de serviços públicos.

Em verdade, a modulação de efeitos é propícia nesse campo: por serem os atos controlados relativos à organização da administração, a modulação temporal dos efeitos não gera redução de direitos individuais.

A ressalva que se faz é acerca da possibilidade de geração de

contra-sentido, especialmente nos casos em que a inconstitucionalidade era previsível para o responsável pela edição do ato.

Por contra-sentido, nos referimos a certo grau de estímulo à prática de atos injurídicos, decorrente da tolerância com a violação a uma norma. Ao preservar os efeitos de lei inconstitucional, o Tribunal desestimula os legisladores a fazer um controle preventivo mais rígido da constitucionalidade da norma que vão editar. Se a inconstitucionalidade for declarada, ao menos os efeitos serão preservados.

Há uma expectativa de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal corresponda à interpretação a ser seguida da Constituição. Na medida em que o Tribunal revê posições sobre questões constitucionais, essa expectativa é rompida.

Quando a inconstitucionalidade da norma não é aparente, o problema não é tão sério. No entanto, se o Tribunal tolerar a manutenção de efeitos de decisões que deliberadamente desafiam a Constituição, certamente estará contribuindo para o enfraquecimento da ordem constitucional.

A preocupação com a produção de contra-sentido é manifestada em votos vencidos em alguns dos casos analisados. No caso do provimento irregular de cargos de defensor público, o Ministro César Peluso tenta evitar a abertura de precedente que *justificará aos Estados, aos Municípios e à União criar normas inconstitucionais, deliberadamente, na justa expectativa de que o Tribunal, amanhã ou depois, lhes permita a sobrevivência!* Preocupação semelhante é manifestada pelo Ministro Marco Aurélio nos casos da administração de depósitos judiciais pelo Poder Executivo, da destinação das custas, da decadência e prescrição das contribuições sociais e do horário do foro estabelecido por Portaria.

5.2 DECISÕES QUE DECLARAM A INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ANTERIORMENTE CONSIDERADAS CONSTITUCIONAIS

No caso da proporcionalidade do número de vereadores e no caso da progressão de regime nos crimes hediondos, o Tribunal alterou entendimentos anteriormente consolidados sobre questões constitucionais. No caso dos crimes hediondos, a Corte declarou a inconstitucionalidade precisamente do mesmo dispositivo que anteriormente havia considerado constitucional.

Há uma expectativa de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal corresponda à interpretação a ser seguida da Constituição. Na medida em que o Tribunal revê posições sobre questões constitucionais, essa expectativa é rompida.

Para minimizar a insegurança daí decorrente, a atribuição de eficácia para o futuro às decisões de inconstitucionalidade é uma alternativa poderosa.

5.3 DECISÕES QUE DECLARAM A INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS QUE EMBASAM A EXIGÊNCIA DE TRIBUTOS

Embora seja um caso único e recente, o caso da decadência e prescrição das contribuições previdenciárias indica uma preocupante tendência do STF: usar a eficácia restritiva para impedir

a repetição de indébito de tributos exigidos com base em lei inconstitucional.

Nesse caso, o Supremo declarou a inconstitucionalidade de vários dispositivos que alargavam ou suspendiam os prazos de decadência e prescrição das contribuições previdenciárias, determinando a aplicação dos prazos mais exíguos constantes das normas gerais de Direito Tributário. A solução alcançou aqueles contribuintes que não haviam pagado o tributo, ou que já exigiam a repetição do tributo pago com base nas normas declaradas inconstitucionais. A modulação de efeitos foi adotada apenas para impedir aqueles que haviam pagado as contribuições no prazo mais largo de pedir a restituição do indébito.

Esse caso é indicativo da tendência do Supremo a adotar decisão semelhante em todos os casos futuros de declaração de inconstitucionalidade de normas que embasam a exigência de tributos.

Talvez essa conclusão seja precipitada; a falta de fundamentação da modulação de efeitos⁵ não permite ter certeza se o Tribunal entendeu ser um caso tributário excepcional, ou se essa decisão será adotada em todos os casos de normas inconstitucionais que embasaram a exigência de tributos.

Pensamos que essa última hipótese é a mais provável. O único elemento que poderia demonstrar que o caso era excepcional é o fato de tratar de contribuições para a seguridade social, tributos com destinação vinculada a finalidades constitucionalmente relevantes. Fora isso, não vislumbramos razões que vão além do interesse imediato do fisco. Pelo contrário, o que se deduz é que a repetição dos pagamentos realizados não teria maior impacto financeiro ou organizacional para a previdência. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade não foi das contribuições em si, mas do prazo mais largo para exigí-las. O mais comum é que as contribuições sejam pagas no tempo oportuno. Ainda que isso não ocorra, é improvável que o fisco venha a lançar em dez anos o tributo que já não havia lançado em cinco, ou venha a promover a ação de cobrança apenas após o prazo de cinco anos. Esses elementos, por si só, levam a crer que os pagamentos fora de prazo que ensejariam a repetição do indébito seriam excepcionais.

Dentre os excepcionais pagamentos indevidos, mais excepcionais seriam aqueles que ensejaria pedido de repetição. Os prazos mais largos já eram reputados inconstitucionais pela jurisprudência dos tribunais federais. Na 4ª Região, por exemplo, os dispositivos tiveram inconstitucionalidade declarada em 5/9/2001 (INAG 2000.04.01.09228-3) (art. 45, relativo à decadência) e 1/2/2006 (INAG 2004.04.01.026097-8) (art. 46, relativo à prescrição). Ou seja, o contribuinte que dispõe de assessoria jurídica eficiente, ao se ver em exigência das contribuições decaídas ou prescritas, provavelmente já estaria litigando para se desobrigar ao pagamento.

Em suma, a repetição do indébito ocorreria apenas quando o contribuinte, não tão bem assessorado do ponto de vista jurídico, efetuara o pagamento. Embora ineficiente num primeiro momento, a assessoria teria de perceber, em face da decisão de inconstitucionalidade, a existência do direito à repetição. Então, o contribuinte precisaria agir, solicitando a repetição. Só nesses casos ter-se-iam demandas de repetição de indébito.

Nesse quadro, a prognose é que o número de pedidos de repetição seria pequeno, pelo que seu processamento não

ofenderia a ordem administrativa. O valor das repetições também não seria de se esperar grande, pelo que não haveria ameaça de desequilíbrio orçamentário.

Do ponto de vista jurídico, a submissão das contribuições para a seguridade social às normas gerais de Direito Tributário, dentre elas os prazos decadenciais e prescricionais estabelecidos no CTN, é pouco mais do que simples decorrência do caráter tributário dessas contribuições, já afirmado muitas vezes pelo próprio STF. Ou seja, a decisão não adotou posição jurídica inovadora e, muito embora o fisco dispusesse de teses jurídicas respeitáveis, o resultado favorável aos contribuintes não era, de forma alguma, inesperado⁶.

Conclui-se, então, que o que levou à atribuição de efeitos prospectivos não foram as peculiaridades da exigência inconstitucional em julgamento, mas que exigências inconstitucionais de tributos em geral serão preservadas pela Corte.

Esse tipo de decisão pode ser associada a uma série de efeitos maléficos. Primeiro, produz um importante contra-sentido. Do ponto de vista dos contribuintes, premia o descumpridor da norma e pune o cumpridor. Aquele que não pagou o tributo tem a execução contra si extinta, aquele que pagou não pode pedir a restituição. Do ponto de vista do legislador, há um evidente estímulo a desafiar as garantias do contribuinte, visto que, ainda que a lei venha a ser declarada inconstitucional, não haverá necessidade de devolver o produto da arrecadação.

Por outro lado, como analisado supra, suprime direitos individuais. Já demonstramos que a supressão de direitos individuais na modulação de efeitos é inaceitável, por violar os princípios do contraditório, do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição.

6 CONCLUSÃO

A limitação temporal dos efeitos de decisões de inconstitucionalidade tem sido cada vez mais empregada pelo Supremo Tribunal Federal.

A análise das decisões tomadas até o recesso do meio de ano de 2008 permite concluir que o Tribunal tende a usar a técnica nos casos em que declara a inconstitucionalidade de normas — a) relacionadas à organização da administração, b) anteriormente consideradas constitucionais, ou c) que embasam a exigência de tributos.

A segurança jurídica, muitas vezes invocada para defender a utilização da técnica, até o momento pouco ou nada teve a ver com seu emprego. Até agora, a organização da administração foi o fator principal que levou a decisões de inconstitucionalidade restritivas.

Evidentemente, o emprego da modulação temporal dos efeitos das decisões produz benefícios. No entanto, o Tribunal poderia atentar a pontos importantes, ainda não enfrentados de forma franca por sua jurisprudência.

O mais preocupante é a utilização da técnica para restringir direitos individuais. Os princípios do contraditório, do juiz natural, e da inafastabilidade da jurisdição não recomendam a utilização da técnica da modulação temporal de efeitos para essa finalidade.

Ruy Barbosa demonstrou, em 1893, que atos inconstitucionais que violam direitos individuais ensejam reparação do prejuízo e que nem mesmo períodos de crise da normalidade

constitucional, como o estado de sítio, permitem a escusa a tal responsabilidade. Para o Poder Judiciário, guardião da Constituição e dos direitos individuais, conhecer dos pedidos e determinar a reparação corresponde *não só a um direito legal, como a um dever inevitável* (BARBOSA, 1893, p. 87). Passados mais de cem anos, a Suprema Corte parece olvidar a antiga lição, ao suprimir a competência das instâncias ordinárias para conhecer de pedidos de reparação.

Entendemos que a jurisprudência até o momento produzida tem sido correta nos casos em que a declaração da inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* poderia prejudicar severamente a ordem administrativa e impedir a continuidade dos serviços públicos. No entanto, vemos como absolutamente inaceitável a utilização da técnica para prejudicar direitos individuais, como feito na hipótese da progressão de regimes dos crimes hediondos e no caso da decadência e prescrição das contribuições.

NOTAS

- 1 Empregamos o termo “caso” para fazer referência à questão constitucional analisada. O número de processos ou recursos é maior, visto que, em várias oportunidades, o STF decidiu aplicar o mesmo entendimento sobre a mesma questão constitucional em processos diferentes.
- 2 É possível que a ponderação realizada nas decisões mencionadas não corresponda integralmente à estrutura de tomada de decisão descrita. As decisões que empregam a técnica da modulação temporal de efeitos afirmam que o ato controlado viola a norma constitucional usada como parâmetro de controle de constitucionalidade, e, portanto o ato controlado é inconstitucional e inválido. No entanto, percebem que o ato controlado produziu, ou ainda produz, efeitos desejáveis, identificados como afirmadores de outros princípios constitucionais, diversos da norma usada como parâmetro de controle de constitucionalidade. O que parece ocorrer é uma ponderação entre o parâmetro de controle de constitucionalidade e esses outros princípios constitucionais que foram afirmados pelos efeitos do ato inconstitucional. Os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica serviriam como normas direcionadas à solução desse conflito (postulados normativos, de acordo com a nomenclatura de Ávila (2004)). Se assim é, a descrição do Supremo do processo de decisão não passa de uma simplificação desse mesmo processo. Um desenvolvimento completo do tema refoge ao objeto deste trabalho e não seria decisivo na análise aqui pretendida. Por isso, a estrutura decisória descrita pelo Tribunal será adotada.
- 3 Sobre a ponderação entre princípios de peso abstrato diverso, ver Robert (2007, p. 131-153) e Ávila (2008, p. 155).
- 4 Análise da pretensão de aceitabilidade social como um dos componentes da razoabilidade pode ser encontrada em Difini (2007, p. 104-105).
- 5 Com a ressalva da lacônica invocação da segurança jurídica pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, e da manifestação em contrário do vencido Ministro Marco Aurélio.
- 6 Essa linha de argumentação foi trabalhada no voto do Ministro Marco Aurélio, único voto vencido quanto à modulação.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cia. Imprensa, 1893.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso da proporcionalidade no número de vereadores. *Recursos Extraordinários 197.917 e RE 266.994*. Brasília, DF, 24 de março de 2004 e 31 de março de 04. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso da atuação da defensoria pública em prol dos servidores públicos. *Ação direta de inconstitucionalidade 3.022*. Brasília, DF, 2 de agosto de 04. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso da progressão de regime nos crimes hediondos. *Habeas Corpus 82.959*. Brasília, DF, 23 de março de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso dos limites territoriais dos municípios. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.615*. Brasília, DF, 30 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso da criação de municípios. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689*. Brasília, DF, 9 e 10 de maio de 2007. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso da partilha do ICMS. *Recurso extraordinário 401.953*. Brasília, DF, 16 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso da modulação invertida. *Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.756*. Brasília, DF, 24 outubro de 07. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso do provimento irregular de cargos de defensor público. *Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3.819*. Brasília, DF, 24 outubro de 07. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso da administração de depósitos judiciais pelo Poder Executivo. *Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3.458*. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso da destinação das custas. *Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3.660*. Brasília, DF, 13 de março de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso do horário do foro estabelecido por Portaria. *Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 2.907*. Bra-

sília, DF, 4 de junho de 2008. Registro da sessão de julgamento, disponível em: <videos.tjustica.gov.br/arquivos/videos/sessaoplenaria_040608_P8.wmv>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Caso da decadência e prescrição das contribuições sociais. *Recursos Extraordinários 556.664, 559.882 e 560.626*. Brasília, DF, 12 de junho de 2008. Voto do relator, disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re560626.pdf>. Registro da sessão de julgamento. Disponível em: <videos.tjustica.gov.br/arquivos/videos/sessaoplenaria_120608_P1.wmv> (áudio e vídeo) e <www.radiojustica.gov.br/oucaAgora/oucaAgora.php?url_audio=../arquivo/programa/audios/12-06-2008_16-32-3212%2006%2008%20SESSAO%20PARTE%201.mp3&title=12-06-2008%20-%20PARTE%201> (somente áudio). Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Corte Especial. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade 2000.04.01.092228-3*. Relator Amir Sarti. Porto Alegre, 5 de setembro de 2001. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade 2004.04.01.026097-8*. Relator Wellington Mendes de Almeida. Porto Alegre, 1º de fevereiro 2006. Acesso em: 30 jun. 2008.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

ROBERT, Alexy. A fórmula peso. In: *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Daniel Marchionatti Barbosa é juiz federal substituto na Seção Judiciária da 1ª Vara Federal Criminal, em Porto Alegre – RS.