

X CONGRESSO DA FEPODI

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E TRANSFORMAÇÕES
NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA (ON-LINE)**

A532

Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Lívia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-798-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.

1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34



X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA (ON-LINE)

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: “Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

LIMITES À MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

LÍMITES A LA MODULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO

Jordana Franzen Reinheimer ¹

Resumo

Em um cenário de inúmeras decisões modulatórias de efeitos em controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, faz-se necessária uma análise acerca da existência de limites interpretativos para a concretização desta modulação de efeitos, sobretudo, na aplicação de seus requisitos legais autorizadores descritos no art. 27, da Lei 9.868/99. Nesse contexto, propõe-se uma reflexão no sentido de uma fundamental vinculação do instituto da modulação dos efeitos aos fundamentos constitucionais promotores dos direitos e garantias fundamentais, sem margem para a possibilidade de juízos arbitrários e consequencialistas, sob pena de flagrante violação ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Controle concentrado de constitucionalidade, Modulação de efeitos, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

En un escenario de innumerables decisiones modulatorias de efectos en control concentrado de constitucionalidad en Brasil, es necesario analizar la existencia de límites interpretativos para la realización de esa modulación de efectos, sobre todo, en la aplicación de sus requisitos legales autorizantes descritos en el art. . 27, de la Ley 9.868/99. En este contexto, se propone una reflexión en el sentido de un vínculo fundamental entre el instituto de modulación de efectos y los fundamentos constitucionales que promueven derechos y garantías fundamentales, sin margen para la posibilidad de juicios arbitrarios y consequencialistas, so pena de violación flagrante de el Estado Democrático de Derecho.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control concentrado de constitucionalidad, Modulación de efectos, Estado democratico de derecho

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (Proex) da Capes.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa examina a existência de limites à atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, em especial, concernente aos requisitos autorizadores da modulação de efeitos das decisões em controle de constitucionalidade, quais sejam, razões de segurança pública e de interesse social. O que se objetiva é uma reflexão acerca dos limites na realização da modulação dos efeitos das decisões no Brasil, em especial, a necessidade desta técnica basear-se única e exclusivamente em fundamentos constitucionais próprios e jamais em juízos subjetivos ou fatos alheios à seara constitucional.

Para tanto, cabe rememorar os principais pontos atinentes ao controle de constitucionalidade no direito brasileiro, sobretudo, os instrumentos que conferem ao Supremo Tribunal Federal, em última instância, a competência para o controle repressivo das potenciais violações à Constituição da República Federativa do Brasil. Em sequência, imperiosa a investigação quanto à eficácia jurídica destas decisões e a possibilidade de restrição temporal destes efeitos, inaugurada legislativamente pelo art. 27 da Lei 9.868/99.

Por fim, propõe-se uma reflexão no sentido de que a interpretação das hipóteses previstas no referido dispositivo legal, podem gerar uma margem para que se cogite a possibilidade de juízos arbitrários, caso não sejam fundados exclusivamente nos preceitos constitucionais, e visando, em última análise perfectibilizar os direitos e garantias fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

DESENVOLVIMENTO

Em decorrência da instituição do Estado Democrático de Direito no Brasil, além de todo o avanço na esfera dos direitos sociais, ponto que por si só dispensa maiores dilações, a lei passou a ser um instrumento para a concretização destes direitos, não só limitando os poderes do Estado em relação aos cidadãos, como também, determinando as diretrizes que devem ser

seguidas para a concretização deste bem-estar social.¹

Nesta perspectiva, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, além do papel fundamental que desempenhou em sua formação, sustenta, atualmente, todas as idealizações resultantes da instituição do próprio Estado Democrático de Direito, de modo a representar uma verdadeira “*norma-parâmetro a ser adotada para que se possa, a partir dela, determinar a constitucionalidade ou não de determinado ato normativo ou com força de lei*”². Evidente, pois, sua supremacia perante todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira é norte balizador de todo o sistema jurídico brasileiro, determinando, como fundamento de validade, o modelo de produção de todas as leis e atos normativos, ou seja, está no nível hierárquico mais elevado perante o ordenamento jurídico.³

Visando manter a necessária adequação das normas infraconstitucionais, a Constituição estabelece instrumentos para a realização do controle de constitucionalidade, o qual pode ser realizado de forma preventiva ou repressiva à edição da lei o ato normativo. Ao que interessa ao presente estudo, para além do controle exercido no procedimento de criação destes instrumentos jurídicos, cabe ao poder judiciário o controle de constitucionalidade repressivo, ou seja, aquele decorrente da análise de compatibilidade da norma para com a Constituição, após sua vigência.

No modelo brasileiro, este controle repressivo é realizado pelo Poder Judiciário de forma difusa/concreta ou concentrada/abstrata. Na forma difusa, realizada por qualquer Juiz ou Tribunal, na análise de um caso concreto e em última instância, pelo STF no julgamento de Recurso Extraordinário e na forma concentrada, quando realizado originariamente pelo STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, Arguição de descumprimento de preceito fundamental e Representação Direta de Inconstitucionalidade.⁴

No que importa para a discussão em apreciação, quando o STF julga uma questão posta

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) Crise**; Uma Exploração Heremênutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 47

² CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**: Brasil, Itália, Alemanha, França e EUA. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 41

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246/247

⁴ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**: Brasil, Itália, Alemanha, França e EUA. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 41

em causa por meio de uma ADI ou ADC, uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma, por meio da procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou julgada improcedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade, considerando a natureza dúplice⁵ das sentenças proferidas neste tipo de ação, o entendimento preponderante hoje no Brasil⁶ é de que essas decisões têm o efeito apenas de declarar a inconstitucionalidade da lei e, conseqüentemente, a sua nulidade, fato que por si só conduziria à automática atribuição da eficácia temporal “*ex tunc*” a esta declaração.⁷

Logo, em decorrência dos efeitos retroativos gerados pela nulidade da norma em questão, as relações jurídicas até então estabelecidas tornam-se sem efeitos, ao passo que uma vez reconhecida sua incompatibilidade com a Constituição, a lei ou ato normativo em questão é expurgada do Ordenamento Jurídico Pátrio de modo a ser reestabelecido *o status quo ante* sua publicação, como se ela jamais tivesse existido.

Por vezes, a regra da nulidade e seus efeitos retroativos, encontram situações que carecem de um juízo de exceção, isso porque, a imediata e automática atribuição de efeitos retroativos às declarações de inconstitucionalidade, nestes casos, acabaria por gerar efeitos negativos às próprias partes envolvidas, em um evidente contrassenso aos objetivos da própria tutela jurídico-constitucional.

Nesse contexto, em 10 de novembro de 1999 entrou em vigor no Brasil, a Lei 9.868/99, a qual, além de estabelecer os procedimentos do processo e do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, inaugurou, legislativamente, a possibilidade modulação da eficácia das decisões de declarações de inconstitucionalidade. Diz-se legislativamente, pois o STF já possuía decisões com declaração de inconstitucionalidade limitativas de efeitos, antes mesmo da edição da mencionada lei.

A partir do art. 27 da Lei nº 9.868/99⁸, o ordenamento jurídico brasileiro possui um

⁵ A improcedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade tem o efeito de declarar a inconstitucionalidade da norma em questão.

⁶ Conclusão embasada na doutrina majoritária e na pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

⁷ Teori Albino Zavaski assim analisa: “Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito na ação direta ou na ação declaratória, simplesmente declara a validade ou a nulidade. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou nulidade do preceito normativo é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado”. IN: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 48

⁸ 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.

instrumento normativo que autoriza o Supremo Tribunal Federal a restringir os efeitos das declarações de inconstitucionalidade das leis, por meio do qual, poderá modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Inevitável concluir que próprio art. 27 da Lei nº 9.868/99, reafirma a tese da declaração de nulidade das decisões de inconstitucionalidade, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente poderiam ser mantidos, no ordenamento jurídico, em virtude de fatores excepcionais, quais sejam, seus próprios requisitos: “razões de segurança pública ou de excepcional interesse social”.⁹

Nesse sentido, propõe-se uma reflexão no sentido de que a interpretação destas duas hipóteses pode gerar uma margem para que se cogite a possibilidade de juízos arbitrários, caso não sejam fundados exclusivamente nos preceitos constitucionais, e visando, em última análise perfectibilizar os direitos e garantias fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

É possível cogitar-se que em determinados casos, sob a rubrica da preservação da segurança jurídica ou do interesse social, o instituto da modulação de efeitos pode acabar permitindo a existência de decisões com base em fundamentos alheios à esfera jurídica/constitucional, a exemplo dos casos em que são invocados argumentos relativos à indisponibilidade de orçamento público ou impacto direto nos cofres públicos, dentre outras questões que transbordam para a esfera política.

Não se desconhece que de fato o controle de constitucionalidade no ponto de vista formal é um controle judicial, porém sob uma ótica material, de substância, essa definição não é tão nítida, tendo em vista a dificuldade de “traçar limites aos temas políticos, quase sempre rebeldes a uma determinação que possa evidenciar lhe a natureza ou caráter incontestável.”¹⁰

Contudo, cabe ressaltar que o consequencialismo, não pode servir como baliza para a modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, tendo em vista que, se assim o fizer, cumprirá com outras finalidades, que não as que lhe são típicas: a proteção dos direitos e garantias fundamentais.¹¹

Não se pode perder de vista que garantir direitos individuais é a razão maior do controle de constitucionalidade, como já se estabeleceu desde o julgado da Suprema Corte Americana

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 49

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. p. 287

¹¹ STRECK, Lenio L. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530987497. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 12 fev. 2023.p.433

no caso *Marbury versus Madison*¹², que deixou um legado para o mundo no tocante ao controle de constitucionalidade.¹³

Não se está a condenar a modulação de efeitos propriamente vista, tendo em vista que não se desconhece que por vezes torna-se imprescindível. Todavia, este instituto deve ser utilizado com cautela, e mais do que isso, necessita, acima de tudo, na fixação dos marcos temporais de efeitos, resguardar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal, ao realizar a modulação dos efeitos das suas decisões, deve basear sua decisão nos preceitos constitucionais a fim de realizar a efetiva proteção destes.

CONCLUSÃO

Como visto, a partir da Lei nº 9.868/99, o ordenamento jurídico brasileiro possui um instrumento normativo que autoriza o Supremo Tribunal Federal a restringir os efeitos das declarações de inconstitucionalidade das leis, a partir de razões em que evidenciada a necessidade de resguardar a segurança jurídica ou o excepcional interesse social.

Em suma, o controle de constitucionalidade é instrumento para a defesa dos direitos fundamentais garantidos aos cidadãos, jamais pode ser utilizado como instrumento para satisfazer outros interesses que não os já definidos na Constituição Federal.

Não se está a condenar a modulação de efeitos, tendo em vista que não se desconhece que por vezes torna-se imprescindível, em alguns casos. Contudo, este instituto deve ser utilizado com a devida cautela.

Em outros termos, a aplicação da modulação dos efeitos como instituto jurídico constitucionalmente apto, deve ser utilizado em casos excepcionais em que verificada a necessidade de preservação das razões de segurança jurídica e interesse social relevante. ou seja, deve ser meio de preservação dos direitos e garantias fundamentais, próprios Estado Democrático de Direito e, jamais, utilizado como meio para embasar e concretizar decisões consequencialistas.

Logo, a jurisdição constitucional deve concentrar-se na efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, não só na aferição da inconstitucionalidade da lei ou do ato administrativo sob sua análise, mas também, na atribuição dos efeitos de suas decisões,

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. p. 291

¹³ BULOS, Uado Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022. p. 196

modulando-as se for o caso, sem contudo, agir de forma arbitrária e com finalidades outras que não a de preservação dos direitos e garantias fundamentais, sob pena desta modulação, padecer de inconstitucionalidade, ferindo gravemente, não só a Constituição, mas o próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2001.

BULOS, Uado Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada: Brasil, Itália, Alemanha, França e EUA**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: O controle Abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

STRECK, Lenio L. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530987497. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 12 fev. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise; Uma Exploração Hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.