



Modulação dos efeitos não pode ser banalizada pelo Judiciário

O Direito não é apenas uma expressão da autoridade e da coerção. Uma de suas destacadas funções se relaciona com sua capacidade de ordenação: o estabelecimento de um padrão estipulado de conduta, que seja racionalmente inteligível em sua totalidade^[1]. É dizer: o Direito é mais do que mera aceitação e subordinação: é um critério regulador de conduta. Não é acidental, portanto, a importância da segurança jurídica para o Direito moderno, que se manifesta por diversos institutos de direito material e processual: as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da irretroatividade da lei, a proteção da boa-fé e da legítima confiança, a coisa julgada e a preclusão.

Essa expectativa de previsibilidade tem gerado discussão sobre a necessidade de conferir estabilidade à jurisprudência, de prevenir viradas bruscas de orientações jurisprudenciais, sobretudo dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, e de evitar surpresas na prestação jurisdicional.

No plano do controle concentrado de constitucionalidade, prestado pelo Supremo Tribunal Federal, vai ao encontro dessa expectativa a consagração do instituto da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevista no artigo 27 da Lei 9.868, de 1999, segundo o qual “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”.

Também diante da prestação jurisdicional oferecida pelos demais órgãos do Poder Judiciário, postula-se a proteção da legítima confiança do cidadão ou do jurisdicionado aos efeitos de determinado quadro normativo que foi modificado por decorrência de mudanças de entendimento jurisprudencial, sobretudo aquelas ocorridas no âmbito de Tribunais Superiores, como o do Superior Tribunal de Justiça, o que se traduz por termos como “modulação dos efeitos da decisão judicial”, “eficácia ex nunc das decisões judiciais”, “ilegitimidade da eficácia retroativa de pronunciamentos judiciais”, “direito adquirido a orientação jurisprudencial”^[2].

No curto espaço dessa coluna, pretende-se indicar alguns pontos de reflexão para enfrentar a seguinte indagação: seria o artigo 27 da Lei 9.868, de 1999, um instituo que poderia ser utilizado pelo Poder Judiciário para realizar a modulação de suas decisões? Seria um expediente disponível para a generalidade do Poder Judiciário?

Entendo que não.

Para contextualizar o problema, observem-se os seguintes exemplos.

No julgamento do RE 377.457, que versava sobre a Cofins, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em regime de Repercussão Geral, que a revogação pelo artigo 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo artigo 6º, II, da Lei Complementar 70/1991 foi válida e legítima. Entendeu que a distinção entre lei ordinária e lei complementar não se punha em termos de hierarquia, mas sim de distribuição material entre as espécies legais, sendo que competindo à lei ordinária regular as isenções no Cofins, poderia o benefício estabelecido na LC 70/91 (que seria



materialmente legislação ordinária) ser revogado por lei ordinária. O Tribunal, por maioria, rejeitou pedido de modulação dos efeitos de sua decisão[3].

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, julgando a mesma matéria, em sede de ação rescisória ajuizada pela União, seguiu o entendimento do STF e julgou a ação procedente para rescindir acórdão que mantivera a isenção prevista na legislação complementar. Não obstante a rescisão do julgado, o Tribunal aplicou a modulação dos efeitos da decisão, no sentido de estabelecer que a exigência da Cofins no caso concreto deveria se dar a partir da data do julgamento (não sendo necessário o recolhimento do tributo com base em decisão transitada em julgado)[4].

Num terceiro caso, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por meio de seu Conselho Especial, em sede de controle concentrado declarou a inconstitucionalidade de Decreto que admitia o "aproveitamento" ou "transposição" de candidatos aprovados em concurso público para nomeação em cargos distintos daqueles para os quais se havia prestado o certame, em afronta ao artigo 37, inciso II, da Constituição (Súmula 685 do STF). Considerando que esse Decreto tinha produzido efeitos (com a nomeação de candidatos para cargos distintos daqueles para os quais haviam prestado concurso), o Tribunal de Justiça houve por bem modular os efeitos de sua decisão, dando-lhe eficácia *ex nunc*, com fundamento no artigo 8, §5º, da Lei nº 11.697/2008 e do artigo 128 do Regimento Interno do TJ-DF, em paralelismo com o artigo 27 da Lei 9.868/99[5].

Para compreender o impacto dessa decisão do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, é ilustrativo examinar o resultado de julgamento de uma apelação, num caso individual, envolvendo essa mesma temática: um servidor público distrital, que havia sido nomeado em cargo diferente daquele em que foi aprovado (nos termos permitidos pelo Decreto Distrital mencionado) ajuizou demanda pleiteando a regularização de sua situação funcional, com sua nomeação para o cargo correto (que, aliás, lhe daria uma remuneração maior), sobretudo no contexto de que outros candidatos em posição inferior à sua classificação no certame foram corretamente nomeados. O tribunal manteve a sentença que julgara improcedente a demanda. Considerou que "diante da modulação de efeitos, considera-se hígido e constitucional o normativo que, à época, possibilitara à Administração Distrital oferecer ao apelante investidura em cargo diverso para o qual havia prestado concurso público"[6].

Abusando da paciência do leitor, trago um quarto, e último, exemplo. O Superior Tribunal de Justiça, modificando orientação que existia na Corte, passou a considerar que os aposentados não teriam direito à incorporação do auxílio "cesta-alimentação" no cálculo do benefício de previdência privada[7]. No julgamento do EDcl no REsp 1.234.881, a Corte se deparou com um pedido dos aposentados-embargantes (que eram recorridos no recurso especial que fora provido) para que se conformasse o resultado de seu processo ao entendimento jurisprudencial anterior, em nome da segurança jurídica. A 4ª Turma rejeitou o pedido, "diante da inexistência de autorização legal e da manifesta distinção entre as técnicas de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e da atividade jurisdicional constitucionalmente atribuída a este STJ"[8].



Esses quatro exemplos ajudam a fixar os aspectos que me parecem relevantes para enfrentar a discussão, que pode se orientar, basicamente, pela resposta que se der a duas questões: i) quem pode realizar a modulação dos efeitos das decisões judiciais?; e ii) qual o fundamento adequado para tanto?

Deve-se partir da constatação de que o artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, confere apenas ao Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada de 8 votos, a possibilidade de realizar a modulação no controle concentrado de constitucionalidade. Considero que não é factível, por analogia, mimetizar para outros Tribunais e situações o instituto da modulação previsto no artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999.

Em síntese, parece-me que deva ser privilegiada a distinção entre as atividades decorrentes da jurisdição ordinária e as da jurisdição constitucional, e, dentro dessa última dimensão, as da jurisdição constitucional prestada por juízes e tribunais e aquela prestada pelo Supremo Tribunal Federal.

No que se refere à jurisdição constitucional, que sabidamente tem uma conotação política, que, de certa forma, se aproxima mais da atividade do legislativo do que da do juiz (não por outro motivo associa-se a atividade da jurisdição constitucional à do legislador negativo), deve-se reconhecer uma diferença qualitativa entre aquela prestada pelo Supremo Tribunal Federal e a oferecida pelos juízes e tribunais (mesmo no exercício do controle concentrado). Sendo novamente conciso, entendo que — sob o pálio da Constituição de 1988, das Emendas Constitucionais promulgadas, da legislação editada e da nossa prática constitucional — o Supremo Tribunal Federal assumiu uma função de Tribunal Constitucional, tendo feições que o distinguem do Poder Judiciário em sua estrutura e composição, seu funcionamento e procedimento e nas eficácias de suas decisões^[9].

Por isso, na leitura do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, deve-se dar ênfase não apenas à modalidade de controle (concentrado), mas também a quem é atribuída essa competência (ao Supremo Tribunal Federal)^[10].

Qual seria a justificativa para estender a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para outros tribunais? Isso seria compatível com a função, a estrutura e os procedimentos desses tribunais? Ou seja, isso se conformaria ao princípio da separação de poderes? Parece-me que essa é a pergunta que precisa ser enfrentada para admitir a prática da modulação, em questões de constitucionalidade, por outros Tribunais.

Pensar na modulação dos efeitos em decisões de legalidade, mesmo que proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, enfrenta outros relevantes obstáculos teóricos.



Não se pode negar que o STJ tem assumido a função de uma Corte de Precedentes. É o que se revela por sua função constitucional de garantir a integridade da legislação federal e a uniformidade de sua interpretação (artigo 105 da Constituição), pelas reformas legislativas que ampliaram a força persuasiva de suas decisões (vide, por exemplo, os arts. 557, 518 e 543-C do CPC, com a redação conferida pelas Leis nº 9.756, de 1998, 11.276, de 2008, e 11.672, de 2008, respectivamente) e pelas nossas práticas judiciais (vide, por exemplo, o cabimento da reclamação perante o STJ contra decisão dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, conforme decidido pelo STF no julgamento do EDcl no RE n. 571.572-8/BA)[11].

De todo modo, essa feição do STJ não permite atribuir-lhe uma função assemelhada a de uma Corte Constitucional (da legalidade), pois os planos da legalidade e da constitucionalidade não são assimiláveis. A jurisdição (ordinária), vale lembrar, voltada à composição de conflitos ou ao suprimento de vontades pela aplicação da lei, é marcada pela imparcialidade do julgador que decorre da sua vinculação ao direito posto, destinando-se a jurisdição à atuação da vontade do direito sobre a vontade das partes.

Na jurisdição ordinária, pois, o juiz reconhece o direito (sem colocá-lo em xeque) e o aplica ao caso em julgamento. Destaque-se: não se está dizendo que o juiz não pode exercer o controle difuso de constitucionalidade, mas sim que há uma diferença substantiva de atitude do julgador quando aplicar a lei (jurisdição ordinária) ou quando declara a sua inconstitucionalidade (reconhecendo sua aplicação em tese no caso em julgamento, mas deixando de utilizá-la em função do vício da inconstitucionalidade). Igualmente, não se afirma que “o juiz é a boca da lei”, mas sim que a atividade judicial padrão deve sim ser concebida como uma atividade secundária e substitutiva (Calamandrei e Chiovenda). Como pondera Ingborg Maus:

“A concepção de Montesquieu do juiz como um autômato (*‘inanimé’*) de aplicação da lei contém, na verdade, a excessiva ilusão de que toda sentença em particular no caso de aplicação (singular) seria definitivamente determinada pela formulação da lei (geral). No entanto, Montesquieu profere neste contexto o entendimento correto de que, em todo caso, a vinculação legal da justiça garante, em geral, a liberdade dos cidadãos diante de abusos estatais arbitrários. Sem esta vinculação, ‘viveríamos na sociedade sem conhecer exatamente as obrigações que contraímos nela’”[12].

Não se vê, por isso, disponível para o Superior Tribunal de Justiça o uso da modulação prevista no artigo 27 da Lei 9.868 nos julgamentos de legalidade. Nesse aspecto, corretos os fundamentos adotados pelo STJ no precedente indicado.



Isso não quer dizer, no entanto, que não estejam disponíveis outras formas de proteger a legítima expectativa dos cidadãos contra alterações bruscas da jurisprudência, em vista da segurança jurídica. Essa construção teórica deve partir, no entanto, de um debate que pondere a origem da legítima expectativa do jurisdicionado (enfrentando o argumento de que a jurisprudência não é fonte do direito, cuja superação demanda a compreensão da função dos precedentes dos Tribunais Superiores no nosso direito contemporâneo) e dos fundamentos jurídicos disponíveis para a proteção dessa expectativa (que pode estar, por exemplo, numa interpretação que parta do disposto nos artigos 140 e 146 do CTN, para o âmbito das lides tributárias, ou no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784, de 1999, para questões envolvendo o contencioso administrativo, como sugere o Prof. Tercio Sampaio Ferraz Júnior^[13]).

Para lidar com essa árida e complexa questão, é importante, de todo modo, entender a função do Poder Judiciário no Estado Constitucional, ficando atento à advertência de Gustavo Zagrebelsky, para quem “os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do direito”, mas “não são os senhores do direito”. Pelo contrário, são eles “os garantes da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça”^[14].

Esta coluna é produzida pelos membros do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional (OJC), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Acesse o portal do OJC (www.idp.edu.br/observatorio).

[1] MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*. Oxford University Press, 2009. Cap. 1. O argumento tem algum desenvolvimento no seguinte texto do autor: QUINTAS, Fábio Lima. *O juiz como última instância da Administração Pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e na função administrativa*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v.20, Belo Horizonte, Ed. Fórum, out/dez. 2011, pp.245/261.

[2] Vide, a propósito: FERRAZ JR. Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2ª ed. São Paulo, Manole, 2009. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Paradoxo da Corte: Eficácia retroativa de pronunciamentos judiciais é desleal*. ConJur, 19 de novembro de 2013, disponível neste [link](#).

[3] STF, RE 377457, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 19/12/2008.

[4] TRF5, Pleno, processo nº 200905000710392 (AR6306/PE), Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, DJE 10/12/2012.

[5] TJDF, Conselho Especial, acórdão n.337813, 20070020067407ADI, Rel. p/ acórdão Des. Romeu Gonzaga Neiva, Data de Julgamento: 16/9/2008, Publicado no DJE: 1/6/2009.

[6] TJDF, 1ª Turma, Acórdão n.750558, 20100111289248APC, Rel. Des. Alfeu Machado, Data de Julgamento: 16/1/2014, Publicado no DJE: 22/1/2014.

[7] STJ, 2ª Seção, REsp 1.207.071/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 27/6/2012, no regime do art. 543-C, DJe 8/8/2012.

[8] STJ, 4ª Turma, EDcl no REsp 1234881/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi julgado em 09/10/2012, DJe 19/10/2012.

[9] Esse argumento é desenvolvido em capítulo da tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: QUINTAS, F. L. *O mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. 2013. 376 f. Tese (doutorado) – Faculdade de



Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

[10] No âmbito do controle difuso de constitucionalidade, em especial no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, o Supremo tem admitido a restrição dos efeitos de sua decisão, dando-lhes eficácia prospectiva, com base na ideia de segurança jurídica. Vide a respeito os seguintes julgados: STF, RE 377457, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 19/12/2008; RE 637485, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 1/8/2012, DJe 21/5/2013;

[11] Sobre esse assunto: QUINTAS, Fábio Lima; GOMES, Luciano Corrêa. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os Juizados Especiais Cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. *Revista de Processo* 196, p. 433-460, 2011.

[12] MAUS, Ingeborg. Separação dos poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico-democrática. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 30

[13] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Irretoratividade e jurisprudência judicial*. In: FERRAZ JR. Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2ª ed. São Paulo, Manole, 2009. pp. 1-13.

[14] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ley derechos, justicia*. 8ª ed. Trad. Marina Gascón (da 1ª ed. Italiana de 1992). Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 153.

Date Created

09/08/2014