

Supremo ameaça banalizar a modulação de efeitos de suas decisões



Jorge Lavocat Galvão
Procurador do Distrito Federal

No dia 11 de fevereiro de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.900, na qual se discutia a constitucionalidade dos artigos 2º e 3º da Lei 11.905/2010, do estado da Bahia, que criava o subteto de R\$ 22 mil para os servidores do Tribunal de Justiça. A Corte, por maioria de votos, vencido o ministro Teori Zavascki, decidiu que o modelo adotado pelo legislador baiano, ao estabelecer um valor nominal específico, violou a sistemática do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, que fixa, para os servidores do Poder Judiciário estadual, o limite remuneratório equivalente ao subsídio do Desembargador. Concluiu-se, assim, que a lei incorreu em vício de inconstitucionalidade ao desvincular o teto remuneratório dos servidores do Poder Judiciário local do teto fixado para os magistrados estaduais^[1].

Não obstante o resultado positivo do processo, os servidores afetados pela referida lei baiana ainda estão apreensivos com a possibilidade de não reaver os valores ilegalmente retidos em razão do subteto declarado inconstitucional. Com efeito, sob o fundamento de que a decisão poderia onerar demasiadamente o Estado da Bahia em período de grave crise financeira, sete ministros, de ofício, votaram pela concessão de efeitos meramente prospectivos ao julgado^[2]. Nos debates orais, o ministro Dias Toffoli afirmou que aguardaria os embargos de declaração do estado da Bahia com as informações referentes ao impacto econômico da decisão para se pronunciar sobre o tema, deixando a questão em aberto.

O único que votou decisivamente contra a modulação foi o ministro Marco Aurélio, valendo-se, para tanto, de três argumentos distintos. Em primeiro lugar, aduziu que, do ponto de vista jurídico, não estaria presente o requisito do excepcional interesse social exigido pelo artigo 27 da Lei 9.868/1999, visto não estar demonstrado nos autos previsão do prejuízo a ser gerado pela decisão, o que afastaria a excepcionalidade do caso. Já do ponto de vista substantivo, afirmou que modulação representaria, na verdade, um empréstimo compulsório sem direito a devolução, já que os servidores que tiveram seus vencimentos ilegalmente abatidos não poderiam ser ressarcidos, o que violaria direitos reconhecidos. Por



fim, articulou um argumento consequencialista, alegando que o uso da modulação geraria incentivos para que o legislador editasse atos normativos inconstitucionais.

Percebe-se, pois, que o caso concreto apresenta uma intrincada rede de argumentos sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal manipular as consequências de suas decisões que levam à seguinte indagação: em quais circunstâncias seria adequada a limitação de direitos (no caso, parcelas de natureza alimentícia) a partir da análise dos impactos econômicos da decisão? Em outras palavras, seria legítimo que, em razão da crise fiscal anunciada, a Suprema Corte passasse a utilizar a modulação como instrumento de ajuste das contas públicas? O presente artigo tem como escopo lançar algumas reflexões sobre o tema a partir da perspectiva da teoria constitucional.

II.

A questão da legitimidade da jurisdição constitucional é uma das mais relevantes e debatidas no âmbito da teoria constitucional[3]. Dentre as diversas construções teóricas elaboradas para justificar o exercício do controle de constitucionalidade por parte dos juízes[4], uma das mais populares e aceitas é aquela que defende que o Poder Judiciário teria legitimidade por exercer uma função *contramajoritária* na proteção dos direitos fundamentais. De acordo com essa concepção, os magistrados estariam imunizados do processo político ordinário em razão de suas garantias constitucionais, como a vitaliciedade e a irredutibilidade salarial, o que lhes garantiriam uma posição privilegiada no reconhecimento e afirmação dos direitos das minorias em face de maiorias políticas ocasionais.

Uma das versões mais sofisticadas desse argumento foi elaborada por Ronald Dworkin, para quem a Suprema Corte seria um *fórum de princípios* no qual os direitos dos cidadãos seriam *levados a sério*[5]. O que caracterizaria a função jurisdicional para o jurista norte-americano seria a utilização pelos magistrados de *argumentos de princípios* em contraposição a *argumentos de política*, os quais lhes são vedados. Os argumentos de princípios seriam aqueles que justificam uma decisão a partir do reconhecimento de um direito, enquanto que os argumentos de política indicam um objetivo a ser alcançado pela comunidade como um todo, como a melhoria de algum aspecto econômico ou social[6]. Assim, enquanto os princípios têm pretensão de universalidade e de obrigatoriedade, as políticas são sempre parciais, simbolizando a opção por uma dentre várias metas passíveis de serem perseguidas.

É nesse sentido que Dworkin afirma que os direitos constitucionais seriam *trunfos* contra as maiorias, pois eles precederiam as opções políticas dos governantes. A partir de uma argumentação de princípio seria justificada a invalidação judicial de lei ou ato normativo que, a despeito de criar política pública que beneficie parcela da população, viola direitos fundamentais. É essa capacidade de fazer valer os direitos mesmo em circunstâncias adversas que legitima a jurisdição constitucional no pensamento dworkiano.

Tais considerações sobre a função da jurisdição constitucional, contudo, nada dizem a respeito da possibilidade, ou não, de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. De fato, não há nada que indique *a priori* que a decisão que invalida uma lei por incompatibilidade com a Constituição deva ter efeitos retroativos ou prospectivos. Sequer há uma indicação nesse sentido em nossa Carta Magna. A jurisprudência pátria adotou como regra a posição de John Marshall no célebre caso *Marbury v. Madison* de que a lei inconstitucional é nula *ab initio*, razão pela qual todos os efeitos jurídicos dela advindos devem ser desfeitos desde a sua edição[7]. Isso não significa, por outro lado, que se deva descartar a proposta de Hans Kelsen, para quem, por imperativo de segurança jurídica, a lei



inconstitucional deveria ser considerada válida até que a Corte viesse a pronunciar a sua nulidade[8].

A adoção de um ou de outro modelo, obviamente, traz sérias implicações para a definição de direitos. Caso prevalecesse a tese de Kelsen, por exemplo, os servidores do judiciário baiano não fariam jus ao recebimento retroativo dos valores abatidos no subteto declarado inconstitucional. Noutra giro, a adoção irrestrita do dogma da nulidade de Marshall levaria inexoravelmente ao reconhecimento do direito dos servidores pelo prejuízo causado pela lei declarada inconstitucional. No Brasil, o artigo 27 da Lei 9.868/1999 permite que o Supremo Tribunal Federal, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, adote uma ou outra posição, inserindo uma maior complexidade ao nosso sistema. Assim, no ordenamento brasileiro, a lei declarada inconstitucional deve, de regra, ser considerada nula, produzindo efeitos retroativos, mas, em casos singulares, a Corte pode modular os efeitos de sua decisão, desde que respeitados os requisitos legais.

Dentro desse contexto, é possível afirmar, a partir de uma interpretação construtiva da prática constitucional brasileira, ser legítima a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, desde que a Corte se utilize de argumentos de princípio para caracterizar as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a medida. Nesse diapasão, seria possível imaginar um caso excepcional em que o Supremo Tribunal Federal modulasse os efeitos *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade de um tributo, não sob o fundamento de grave prejuízo ao erário, mas no intuito de estabelecer um arranjo institucional mais justo para os cidadãos (interesse social). Se tal decisão for geral e isonômica, e tiver como fundamento último a proteção de direitos, sua ilegitimidade estaria descartada[9].

O que não parece ser adequado é a utilização instrumental da modulação para o atingimento de objetivos ou metas coletivas, pois nesse caso a decisão seria baseada em argumentos de política. A legislação de regência apresenta dois critérios substantivos de justiça (segurança jurídica e excepcional interesse social) que devem balizar a atuação judicial. A decisão acerca da limitação dos efeitos, portanto, não deve ter como único esteio as consequências econômicas ou políticas da decisão. Não são conveniências pragmáticas que devem guiar o uso do instituto da modulação, mas juízos de moralidade política vinculados à correta interpretação do direito vigente.

III.

Analisando a proposta de modulação no caso concreto (ADI 4.900/BA), o que se percebe é que ela se afasta por completo das balizas acima delineadas. Na verdade, não é possível sequer afirmar que se trata de um posicionamento pragmático ou consequencialista, já que, conforme disse o ministro Dias Toffoli, a Corte não teve acesso a elementos para aferir o impacto de sua decisão. De acordo com as informações prestadas pelo advogado na tribuna, apenas duas dúzias de servidores fariam jus a vencimentos acima do subteto impugnado. Se tais dados forem verdadeiros, pode-se afirmar que o impacto da decisão do Supremo Tribunal Federal seria ínfimo no orçamento do Estado da Bahia.

O que mais chama a atenção no caso, contudo, é a fundamentação de que a modulação seria adequada em razão da atual crise fiscal. Não há dúvida de que se trata de um argumento de política, em termos dworkianos, já que, de acordo com a proposta de modulação, direitos seriam limitados em prol de um objetivo econômico comum, o ajuste das contas públicas. Isso sem falar que, no caso concreto, aqueles que eventualmente ingressaram com ações individuais para reaver os valores ilegalmente retidos somente receberiam a diferença salarial reclamada por meio de precatório, em um futuro distante,



certamente em outra conjuntura econômica. Assim, as razões que conduziram à proposta de modulação parecem não apenas injustificadas, como vinculadas a uma conjuntura econômica que se espera temporária.

O que esse precedente parece sugerir é que o instituto da modulação, cuja aplicação deveria se limitar a hipóteses excepcionais, passa por um perigoso processo de banalização. Casos ordinários de exercício da jurisdição constitucional, como o analisado neste artigo, têm ensejado rotineiros debates sobre o tema, sendo que em vários desses julgamentos a Corte se tem baseado em argumentos jurídicos pouco ortodoxos e em elementos fáticos não necessariamente comprovados para fundamentar suas decisões. É preciso cautela com esse fenômeno, pois o uso abusivo da modulação pode, em última análise, fazer com que os magistrados passem a considerar natural a utilização de argumentos de política e percam contato com a essência de sua função, que é a de levar os direitos a sério.

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] Cf. notícia sobre o julgado em neste [link](#).

[2] O art. 27 da Lei n.º. 9.868/99 preceitua que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, pelo voto de oito membros, limitar os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

[3] Cf. a título ilustrativo, as seguintes obras: SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2007; DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição Norteamericana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (introdução); ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, capítulo 4 (pp. 97-138); SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. Princeton University Paperbacks, 1997 (pp. 3-48); e WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. In: BIGONHA, Antônio; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, pp. 93-158.

[4] Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, cf. GALVÃO, Jorge. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 79-100.

[5] DWORKIN, Ronald. The Forum of Principle. **New York Law Review**, vol. 56, n.º. 2, p. 469-518, 1981.

[6] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

[7] *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803): "All laws which are repugnant to the Constitution, are null and void."

[8] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 171: "Em todo caso, seria bom, no interesse da mesma segurança jurídica, não atribuir nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais, pelo menos no sentido de deixar subsistirem todos os atos jurídicos anteriormente produzidos com base na norma em questão".

[9] Defendi este ponto de vista com maior profundidade em "Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária: mitos, consequências e arranjos institucionais ideais", tese



aprovada com louvor no XXXVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado entre os dias 16 a 19 de novembro de 2010, em Maceió/AL.

Date Created

28/02/2015