



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Luciana de Pontes Saraiva

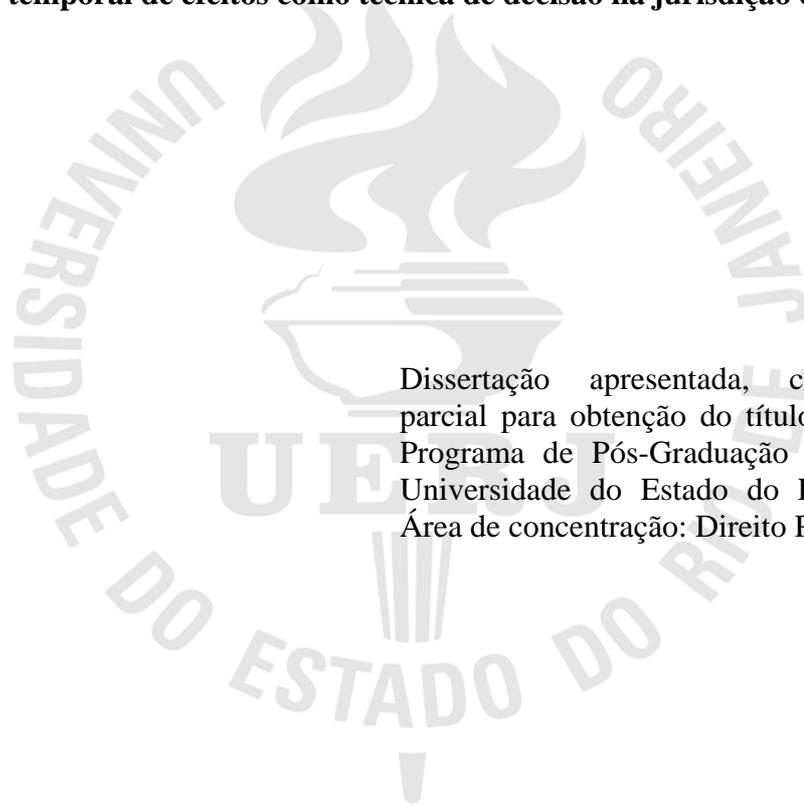
**A modulação temporal de efeitos como técnica de decisão na jurisdição
constitucional**

Rio de Janeiro

2009

Luciana de Pontes Saraiva

A modulação temporal de efeitos como técnica de decisão na jurisdição constitucional



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientadora: Prof^ª. Ana Paula de Barcellos

Rio de Janeiro

2009

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S243

Saraiva, Luciana de Pontes.

A modulação temporal de efeitos como técnica de decisão na jurisdição constitucional / Luciana de Pontes Saraiva - 2009.
138 f.

Orientador: Ana Paula de Barcellos.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Controle da constitucionalidade – Teses. 2. Direito constitucional - Teses. I. Barcellos, Ana Paula de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340.142

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Luciana de Pontes Saraiva

A modulação temporal de efeitos como técnica de decisão na jurisdição constitucional

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovado em: 06 de julho de 2009

Banca Examinadora:

Prof^ª. Ana Paula de Barcellos (Orientadora)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Paulo Braga Galvão
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Claudio Pereira de Souza Neto
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2009

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Gerardo e Maria Lúcia, com
amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, sempre.

Aos meus pais, Gerardo e Maria Lúcia, fontes inesgotáveis de amor, exemplo e estímulo.

Aos meus irmãos Gustavo e Marcia. À minha cunhada Isabella e aos meus sobrinhos lindos, Rafael e Maria Eduarda. Pela alegria e apoio que tornaram minha caminhada durante o mestrado mais leve e feliz.

À minha orientadora, professora Ana Paula de Barcellos, pela segurança e carinho com que me conduziu até aqui.

Aos professores Paulo Braga Galvão e Patrícia Ferreira Baptista, pelas inestimáveis contribuições realizadas no exame de qualificação, que muito me auxiliaram no desenvolvimento e conclusão do texto.

Ao amigo Clóvis, pela revisão do projeto e pelo incentivo no ingresso na vida acadêmica.

Aos amigos da Procuradoria Federal Especializada da Comissão de Valores Mobiliários, que me deram todo o suporte nos momentos em que mais precisei me dedicar ao mestrado.

Às amigas Ana Paula e Roberta, interlocutoras para todos os temas nesses dois anos de mestrado. Com certeza, duas amigas que levarei para toda vida.

Ao Daniel. Pela sugestão do tema. Por me ajudar a destrinchar todas as encruzilhadas, sem exceção, com que me deparei na elaboração da tese. Por dividir comigo seu conhecimento jurídico imenso. Pelo seu apoio, paciência, carinho e amor.

Aqueles que contam com o Senhor renovam suas forças; Ele dá-lhes asas de águia. Correm sem se cansar, vão para frente sem se fatigar.

(Is 40,31)

RESUMO

SARAIVA, Luciana de Pontes. **A modulação temporal de efeitos como técnica de decisão na jurisdição constitucional.** Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

A modulação temporal de efeitos como técnica de decisão possibilita ao Supremo Tribunal Federal a mitigação dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, ao mesmo tempo em que resguarda o princípio da supremacia da Constituição. Nos casos em que há mudança de jurisprudência, atua como importante mecanismo de salvaguarda das legítimas expectativas dos jurisdicionados na estabilidade dos julgados do Tribunal Constitucional. Em ambas as hipóteses, concretiza o princípio da segurança jurídica, inclusive na sua vertente subjetiva, a proteção da confiança legítima e assegura a melhor realização dos interesses públicos, próprios de uma sociedade pluralista.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Ato Inconstitucional. Supremacia da Constituição. Modulação temporal de efeitos. Técnica de Decisão. Requisitos. Segurança Jurídica. Interesse Público. Aplicabilidade. Conseqüências. Mudança de Jurisprudência. Proteção da Confiança. Súmulas Vinculantes. Repercussão Geral da questão constitucional. Fonte Primária do Direito.

ABSTRACT

The prospective doctrine as a decision technique makes possible the mitigation of the retroactive effects of the unconstitutionality declaration to the Brazilian Federal Supreme Court, at the same time it protects the Constitution supremacy principle. In cases with statement of overruling precedents, it plays an important role in protecting the legitimate expectations of the citizens in the stability of the Constitutional Court precedents. In both cases, it enforces the principle of legal certainty, including its subjective aspect, the legitimate confidence protection and it assures the best fulfilment of the public interests that are typical of a pluralist society.

Keywords: Judicial Review. Void Act. Constitutional Supremacy. Prospective Doctrine. Decision Technique. Requirements. Legal Certainty. Public Interest. Applicability. Consequences. Overruling Precedent. Confidence Protection. Binding Summary. General Repercution of the Constitutional Issue. Primary Source of the Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
AGRRE	Agravo Regimental em Recurso Extraordinário
<i>BVerfGE</i>	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht</i> (coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)
CF	Constituição Federal
CR	Constituição da República
CRP	Constituição da República Portuguesa
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
RCL	Reclamação
RE–	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
ROMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
RT	Revista dos Tribunais
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

	IN TRODUÇÃO.....	12
1	ASPECTOS GERAIS DA MODULAÇÃO DE EFEITOS.....	15
1.1	A Doutrina Prospectiva da Suprema Corte Americana.....	15
1.2	As técnicas de decisão desenvolvidas pelos Tribunais Constitucionais Europeus.....	21
1.3	A Modulação de Efeitos e o Supremo Tribunal Federal.....	31
1.4	A Legitimidade do Tribunal Constitucional para efetuar a delimitação temporal dos efeitos de suas decisões.....	36
2	MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO.....	44
2.1	O desvalor do ato inconstitucional. Nulidade ou anulabilidade.....	44
2.2	Ponderação de bens e proporcionalidade: princípios instrumentais na modulação de efeitos.....	52
2.3	Os requisitos exigidos pelo artigo 27 da Lei 9.868/99.....	59
2.4	Interesse Social Relevante: critério material da ponderação.....	63
2.5	Segurança Jurídica, Proteção da Confiança Legítima e Boa-fé.....	70
3	MODULAÇÃO DE EFEITOS E CONTROLE DIFUSO.....	80
3.1	A Modulação de efeitos e sua repercussão sobre o sistema difuso de controle de constitucionalidade.....	80
3.2	Lei Penal Inconstitucional, Repristinação e Modulação de efeitos.....	85
3.3	Modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle incidental.....	88
4	MODULAÇÃO DE EFEITOS E MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA.....	95
4.1	Mudança de Jurisprudência. Análise do tema a partir da jurisprudência do STF.....	95
4.2	Jurisprudência: fonte primária do Direito?.....	109
4.3	Modulação de efeitos na mudança de jurisprudência: possibilidades e balizamentos.....	111
4.4	A questão das súmulas e o acentuamento do caráter normativo da jurisdição constitucional.....	115
5	CONCLUSÃO.....	121

5.1	Proposições.....	121
5.2	Encerramento.....	127
	REFERÊNCIAS.....	129

INTRODUÇÃO

A Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, trouxe algumas importantes inovações para o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. Dentre elas, destaca-se a possibilidade de o Tribunal Constitucional modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A matéria foi regulamentada pelo artigo 27 do referido diploma legislativo, 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”. Previsão semelhante pode ser encontrada no art. 11 da Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental¹. Mais recentemente, a Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, em seu artigo 4º, basicamente reproduziu a redação do artigo 27, autorizando o Supremo a modular os efeitos temporais por ocasião da edição de súmula com efeitos vinculantes.

A constitucionalidade do dispositivo é questionada nas ações diretas de inconstitucionalidade de números 2.154² e 2.258³, o que não tem impedido o Supremo Tribunal de dar-lhe aplicação, inclusive pelo fato de que não houve suspensão em sede liminar.

O artigo 27 da Lei 9.868/99 foi, ainda, objeto de duras críticas por parte de alguns

¹ “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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”.

² A ADI 2.154 foi proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL e sustenta a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/1999 com base nos seguintes fundamentos: (i) a declaração de inconstitucionalidade no exame do mérito da ação direta produz efeitos *ex tunc*, não se admitindo a declaração *ex nunc*, senão em sede cautelar; (ii) assim, conferir eficácia temporária à lei inconstitucional afrontaria o disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal, visto que o princípio da legalidade pressupõe lei constitucionalmente válida; e (iii) feriria o princípio da igualdade formal, insculpido no art. 5º, I, visto que a eficácia temporária poderia beneficiar uns em detrimento de outros.

³ A ADI 2.258 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e alega, em síntese, que o artigo 27 ofenderia o disposto nos artigos 1º e 5º, II, da Constituição Federal, sob o argumento de que a norma inconstitucional é nula e, como tal, não pode produzir efeito algum.

autores, sob o argumento de que tal dispositivo afrontava a supremacia da Constituição, chegando a afirmar que o mesmo representava a superação da rigidez constitucional⁴. A crítica carece de fundamento, considerando-se que a mitigação ao princípio da supremacia é apenas aparente, como se verá.

Com efeito, ao longo do presente trabalho, pretende-se demonstrar que, por força da modulação temporal, a lei inconstitucional vai produzir efeitos porque existe outro princípio ou regra de estatura constitucional que irá prevalecer, assegurando-se, assim, a supremacia da Constituição.

Em vista do exposto, observa-se que, embora a introdução do artigo 27 da Lei 9.868/99 no ordenamento jurídico brasileiro já conte com quase dez anos, o estudo da matéria ainda merece um maior aprofundamento⁵, a possibilitar uma atuação mais balizada do intérprete constitucional, de sorte a que a constitucionalidade estrita não seja substituída por uma constitucionalidade política, ou a razão de Estado posta em lugar da razão da lei⁶.

A relevância do tema afigura-se inequívoca, haja vista que, mesmo antes das inovações introduzidas pelo artigo 27 da Lei 9.868/99, podemos encontrar alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal que delimitam a eficácia temporal de decisões proferidas em controle de constitucionalidade.

Nosso foco incidirá sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, bem como na repercussão das decisões daquele Tribunal que façam uso do artigo 27 da Lei 9.868/99 sobre os demais órgãos do Poder Judiciário. Para tanto, o uso da técnica da modulação de efeitos será apreciado em dois grandes sistemas: no controle de constitucionalidade (concentrado e difuso) e na mudança de jurisprudência, com um capítulo destacado para o relevante tema das súmulas.

⁴ Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho para quem o artigo 27, além de afastar a nulidade do ato inconstitucional, tornando possível, nas palavras do autor, que a violação da Constituição possa ser direito positivo, mesmo depois de reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, também modificou a natureza da ação direta de inconstitucionalidade de declaratória para constitutiva-negativa. Conclui o autor: "Não é mais rígida a Constituição brasileira". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidades (leis n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999 e n.º 9.982, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, n. 220 : 1-17, p. 11, abr./jun. 2000.

⁵ A despeito de diversos trabalhos doutrinários que tratam do tema, parece-nos importante destacar as obras de ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para interpretação conforme a constituição do artigo 27 da lei n.º 9.868/00. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação de efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008. pelo esforço de sistematização.

⁶ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 234.

Na Parte I, será traçado um panorama da modulação de efeitos no direito comparado e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na tentativa de evidenciar a relevância da técnica no ordenamento jurídico pátrio, bem como seu tratamento nos ordenamentos alienígenas. Também nesta parte introdutória, serão avaliados os limites da atuação do Tribunal Constitucional como intérprete da Constituição, de sorte a averiguar sua legitimidade para proceder à delimitação temporal de suas decisões.

Na Parte II, nosso estudo incidirá sobre a compatibilização da teoria da nulidade com o manejo da modulação temporal de efeitos no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Para tanto, serão analisados os princípios que deverão orientar o intérprete na definição do interesse público relevante a justificar ou não o emprego da técnica. Nesta seara, analisa-se o princípio da proporcionalidade como balizador de eventuais ponderações a serem realizadas, bem como o papel dos princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança. Essa análise mostra-se indispensável para que a modulação possa fundar-se racionalmente em razões jurídicas (jamais metajurídicas, éticas ou morais), de sorte a que a produção de efeitos de lei declarada inconstitucional encontre reflexos na própria Constituição.

Na Parte III, iremos analisar as repercussões da modulação de efeitos sobre sistema difuso de controle de constitucionalidade, bem como a possibilidade de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal nos casos em que ele próprio realiza o controle concreto.

Finalmente, na Parte IV, pretendemos trabalhar a questão da mudança de jurisprudência e o caráter normativo da jurisdição constitucional, sobretudo em função das modificações introduzidas pela Emenda 45/2004. A intenção é demonstrar que, naqueles casos em que a decisão do Tribunal Constitucional assumir as feições de fonte primária do Direito, também restará justificada a delimitação temporal de seus efeitos.

1 ASPECTOS GERAIS DA MODULAÇÃO DE EFEITOS

1.1 A Doutrina Prospectiva da Suprema Corte Americana

Optamos por iniciar o capítulo mediante a apreciação de alguns aspectos do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, dada sua importância na concepção da teoria da nulidade da norma inconstitucional. A teoria, em apertada síntese, preceitua que a lei que contraria a constituição caracteriza-se como nula e írrita, incapaz de produzir qualquer efeito. Apesar de sua aparente rigidez, a jurisprudência da Suprema Corte tratou de flexibilizá-la, conferindo maior plasticidade temporal às suas decisões⁷. Em seqüência, selecionamos alguns tribunais europeus, cuja prática jurisprudencial também denota uma flexibilização da teoria da nulidade (ou anulabilidade, no caso da Áustria), para, finalmente, estudarmos a casuística do Supremo Tribunal Federal.

O sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido nos Estados Unidos caracteriza-se como concreto, o que quer significar que Suprema Corte não realiza o controle da lei em abstrato, mas apenas na base de um dado caso concreto. Embora distinto daquele adotado pelo Brasil, que consagrou o sistema misto, principia-se pela discussão desse sistema pelo fato de que, como visto, ele constitui o berço da doutrina da nulidade da lei inconstitucional, fundada no princípio da supremacia da Constituição.

A idéia de que a norma inconstitucional constitui norma nula e, portanto, a decisão que assim a considera é meramente declaratória e necessariamente produz efeitos *ex tunc*, retroagindo à época da edição do ato eivado de vício, deve sua sistematização à jurisprudência

⁷ “A técnica da nulidade revela-se adequada para solver violações das normas constitucionais de conteúdo negativo ou proibitivo (v.g., direitos fundamentais enquanto direitos negativos), mas mostra-se inepta para arrostar o quadro de imperfeição normativa, decorrente de omissão legislativa parcial ou da lesão ao princípio da isonomia” MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 465.

americana, consagrada em *Marbury vs. Madison*⁸. A retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade passou a ser decorrência forçosa da pronúncia de nulidade, ao menos para o caso que serviu de base ao pronunciamento da Suprema Corte.

A questão versando sobre a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade das leis, no âmbito do constitucionalismo americano, foi debatida, pela primeira vez, no Federalista 78, artigo em que o *founding father* Alexander Hamilton trata precisamente do tema⁹, enunciando conceitos como a supremacia da Constituição e a primazia do Poder Judiciário para atuar como intérprete das leis e juiz de sua validade perante a Lei Maior.

No entanto, somente através da atuação do *Chief Justice* John Marshall, Secretário de Estado durante a presidência de John Adams, o qual foi responsável por sua indicação para presidente da Suprema Corte, cargo que Marshall assumiu após o término de seu mandato, já sob a presidência de Thomas Jefferson, é que houve a consolidação do *judicial review* e dos postulados da supremacia da Constituição e da teoria da nulidade da norma jurídica inconstitucional.

O caso *Marbury v. Madison* (U.S. 1803), em que, de forma pioneira, restou estabelecida a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário fez com que a Constituição deixasse de ser uma simples carta política, passando a figurar, a um só tempo, como norma fundamental do sistema, da qual todas as outras retiram seu

⁸ Mauro Cappelletti destaca que, embora a prática do sistema norte-americano de *judicial review* tenha inaugurado verdadeiramente a época do “Constitucionalismo” com a concepção do princípio da supremacia da Constituição em relação às leis ordinárias e o arquétipo das chamadas constituições rígidas, contrapostas às constituições flexíveis, a idéia de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis já havia sido cunhada em antigos sistemas jurídicos, v.g., o ateniense e o medieval. O autor destaca, ainda, a doutrina de Sir Edward Coke acerca da superioridade da *commom law* sobre *statutory law*, fixada pelo legislador. Firma-se, assim, a supremacia da *commom law* sobre a autoridade do Parlamento. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. *Op. cit.*, p. 45-63.

⁹ “Algumas dúvidas se têm suscitado sobre o direito atribuído aos tribunais de justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo; porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior (...). Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem (...). A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo a dos seus agentes” HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista, artigo 78**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 459.

fundamento de validez e como um “limitador dos órgãos de soberania”¹⁰.

Observa-se, com Luís Roberto Barroso¹¹, que, ao lançar as razões de sua decisão, Marshall enuncia os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição; e o papel do Poder Judiciário como intérprete final da Lei Maior¹².

Do Poder Judiciário passou-se a exigir a solução do caso concreto, tarefa da qual ele não poderia se furtar. Dessarte, como ressaltou Marshall, havendo duas leis em conflito igualmente aplicáveis ao caso concreto, uma ordinária e outra de índole constitucional, cabe ao juiz decidir qual das duas deverá incidir. Não há outra opção. Afirmada a supremacia da Constituição, nada mais resta ao julgador senão afastar aquela norma em conflito com a Lei Fundamental, sob pena de esta ser considerada mera carta de intenções políticas, sem qualquer influência na limitação dos poderes do Estado.

Essa fundamentação de Marshall influenciou o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, que, até os dias atuais, caracteriza-se pelo sistema difuso, podendo ser realizado por qualquer órgão do Judiciário, desde que no bojo de um caso concreto. A própria Suprema Corte não se pronuncia em caráter abstrato, mas apenas à vista

¹⁰ “Era preciso que um órgão independente e imparcial velasse pela observância da Constituição e mantivesse nos seus papéis tanto o Poder federal, como as autoridades dos Estados federados. O Supremo Tribunal chamou a si essa missão, que não lhe estava atribuída expressamente na Constituição, a partir do célebre caso Marbury v. Madison (1803). Mas com ela veio uma idéia nova, desconhecida em Inglaterra: a de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania.” CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1996. p. 117.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.

¹² “So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered in court as a paramount law are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law”. (Portanto, se a lei estiver em oposição à Constituição, se ambas, a lei e a Constituição forem aplicáveis ao caso concreto, então ou Tribunal deve decidir o caso conforme a lei, desrespeitando a Constituição, ou conforme a Constituição, desrespeitando a lei. O Tribunal precisa decidir qual dessas leis conflitantes regula o caso. Isso está na essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem respeito à Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, a Constituição, e não a lei, deve regular o caso no qual ambas se aplicam. Aqueles, portanto, que contrariam o princípio de que a Constituição deve ser considerada em juízo como uma lei paradigma serão forçados a concluir que os tribunais devem fechar seus olhos para a Constituição e enxergar somente a lei). Para a íntegra da decisão vide. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZS.html>. Acesso em: 22 set. 2008.

de uma hipótese concretamente deduzida¹³.

O recurso ao *stare decisis*, no entanto, garante a ampliação dos efeitos da decisão para terceiros que não foram parte do processo. Promove-se, assim, a uniformização da jurisprudência e a vinculatividade dos precedentes da Suprema Corte, de tal sorte que os princípios ou fundamentos que serviram ao julgamento do caso paradigmático (*leading, binding case*) deverão ser observados em casos análogos. Dessa forma, a jurisprudência irá atuar como a fonte principal do Direito na *common law*¹⁴.

Isso porque, através do *stare decisis*, confere-se, ainda que de maneira transversa, efeitos *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade, a qual, por força do referido instituto, acaba por ultrapassar os limites subjetivos da demanda¹⁵. A questão que se coloca, portanto, é como lidar com os efeitos decorrentes da pronúncia de nulidade relativamente a terceiros que não foram parte no processo.

Ao longo dos anos, a Suprema Corte tentou resolver a questão através da doutrina do *prospective overruling*, mediante a qual se tornou possível a pronúncia de nulidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que promovessem mudança de precedente. A nova regra firmada na decisão poderia aplicar-se aos processos pendentes (*limited prospectivity*) ou a eficácia *ex tunc* poderia ser excluída de forma absoluta (*pure prospectivity*), não se aplicando sequer ao processo que lhe deu origem¹⁶.

O precedente foi firmado no julgamento do caso *Linkletter vs. Walker* (1965), sob o

¹³ “The Supreme Court is authorized by the Constitution to decide ‘cases and controversies’. The Court has interpreted this provision to preclude it from issuing advisory opinions and to require it to decide constitutional questions only when they are presented in a concrete case in which the legal rights of contending parties are at stake. Sporadically the Supreme Court has taken the ‘cases and controversies’ requirement quite seriously, imposing what seem to be significant limitations on the class of litigants who have standing to raise constitutional questions. More often, though, the ‘cases and controversies’ requirement poses only small obstacle to a well-counseled litigant who wishes to obtain a constitutional determination from the Supreme Court”. (A Suprema Corte está autorizada pela Constituição a julgar “casos e controvérsias”. A Corte tem interpretado esta disposição para evitar a emissão de opiniões aconselhatórias e para exigir que ela decida questões constitucionais apenas quando apresentadas no bojo de um caso concreto, no qual os direitos das partes demandantes estão em jogo. Esporadicamente, a Suprema Corte tem considerado a exigência ‘casos e controvérsias’ com bastante seriedade, impondo o que parece ser uma limitação significativa na classe de litigantes que sustentam questões constitucionais. Mais frequentemente, no entanto, a exigência ‘casos e controvérsias’ coloca apenas um pequeno obstáculo para litigantes bem assessorados que desejam obter decisões sobre questões constitucionais da Suprema Corte). TUSHNET, Mark. *The United States: ecletism in the service of pragmatism*. In: _____. **Interpreting constitutions**. Nova York: Oxford University Press, 2006. p. 13.

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 179.

¹⁵ Sobre o controle de constitucionalidade no sistema americano vide CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1984. p. 45-63.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. *Op. cit.*, p. 398.

argumento de que a “Constituição nem proíbe nem exige o efeito retroativo”. No caso, *Linkletter*, cidadão americano, havia sido condenado em processo criminal fundado em provas ilícitas. Ocorre que a Suprema Corte, em *Mapp vs. Ohio*, julgado após a condenação de *Linkletter*, concluiu que a utilização de prova ilícita violava a 4ª Emenda. Com base na mudança de precedente, *Linkletter* pediu a revisão de sua condenação, o que foi negado pela Suprema Corte, na consideração de que a atribuição de efeitos retroativos à decisão proferida em *Mapp* traria conseqüências danosas à Administração da Justiça, pois implicaria na anulação de grande quantidade de condenações criminais¹⁷.

No voto dissidente, o Juiz *Black* aponta as graves injustiças que poderiam advir da adoção de efeitos prospectivos de maneira pouco criteriosa, assinalando que, enquanto “*Linkletter* deve ficar preso, a senhorita *Mapp*, cujo crime foi cometido antes do de *Linkletter*, está livre. Esta diferença de tratamento entre a senhorita *Mapp* e *Linkletter* aponta de uma vez a arbitrariedade e a natureza discriminatória da invenção judicial aqui utilizada para quebrar a promessa de *Mapp*, mantendo presas as pessoas que foram infelizes o suficiente por terem suas inconstitucionais condenações decretadas antes de 19 de junho de 1961”¹⁸.

A despeito do voto dissidente, prevaleceu, ao menos por um período, a orientação firmada no caso *Linkletter*. Os critérios para a concessão de efeitos prospectivos à eventual mudança de precedente foram sumarizados em *Stovall vs. Denno*, segundo o qual, para a solução do problema da retroatividade, deveriam ser observados: (i) os propósitos a serem atingidos pelo novo precedente estabelecido; (ii) o grau de confiança das autoridades na jurisprudência anterior; e (iii) os efeitos sobre a Administração da Justiça decorrentes da aplicação do novo precedente¹⁹.

Em âmbito civil, a Corte também desenvolveu critérios para aplicação da doutrina do *prospective overruling*, admitindo a ausência de efeitos retroativos. No caso *Chevron Oil Co. vs. Huson*, julgado em 1971, restou decidido que a limitação de efeitos seria permitida se evitasse injustiça inaceitável. Estabeleceu-se no julgamento a necessidade da presença conjugada de três fatores: (i) a decisão a ser aplicada de forma não-retroativa deveria

¹⁷ Excerto disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=381&invol=618>>. Acesso em: 20 jul. 2008.

¹⁸ Conforme transcrição de OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei n.º 9.882, de 03/12/1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 43.

¹⁹ H. TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. 3.ed. Nova York: Foundation Press, 2000. v. 1. p. 219.

estabelecer um novo princípio legal, quer pela superação de um precedente anterior, quer pela decisão de uma questão nova, ainda não pacificada; (ii) deveria ser realizado um processo ponderativo, de forma a que fosse procedido um sopesamento da lei impugnada, seus propósitos e efeitos e em que medida a retroatividade iria frustrar sua aplicação; e (iii) a Corte deveria avaliar o grau de injustiça que seria ocasionado com a imposição da retroatividade do *decisum*²⁰.

Embora a doutrina prospectiva tenha se firmado no período do *Chief Justice Warren*, a composição atual da Suprema Corte tem rejeitado a possibilidade de conferir efeitos prospectivos às decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade²¹. Assim é que, em *Griffith vs. Kentucky* (1987), já sob a presidência de *Rehnquist*²², foi derrubado o precedente firmado em *Linkletter*, considerando-se que a teoria dos efeitos prospectivos contrariava a natureza do controle de constitucionalidade e o princípio da isonomia²³.

A matéria parece ter sido definitivamente consolidada em *Harper vs. Virginia Department of Taxation*, que tratava da repetição de indébito de tributo considerado inconstitucional. No voto do Juiz Scalia restou consignado que: “A técnica das decisões prospectivas é serva do ativismo judicial e inimiga da nascença do *stare decisis*. Ela foi formulada no ápice do realismo jurídico e promovida como técnica de criação judicial de normas (*technique of judicial lawmaking*), em geral, e mais especificamente, como um meio para tornar mais fácil a superação de precedentes anteriores (...). A doutrina verdadeiramente tradicional é a de que a decisão prospectiva é incompatível com o poder judicial, e que as cortes não têm autoridade para aderir à sua prática²⁴”.

²⁰ *Ibid.*, p. 219.

²¹ A observação é realizada por SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: **O controle de constitucionalidade e a lei n.º 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 113.

²² Destaca-se que Willian H. Rehnquist foi nomeado para presidência da Suprema Corte em setembro de 1986, pelo então presidente dos Estados Unidos, Ronald Reagan, e permaneceu no cargo até setembro de 2005. A partir de então, John G. Roberts Jr., nomeado pelo presidente George W. Bush passou a atuar como *Chief Justice*. Disponível em: <<http://www.supremecourtus.gov/about/members.pdf>>. Acesso em: 20 set. de 2008.

²³ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 114.

²⁴ *Ibid.*, p. 130.

1.2 As técnicas de decisão desenvolvidas pelos Tribunais Constitucionais Europeus

Dentre os sistemas de direito comparado que consagram a tese da nulidade da norma inconstitucional, merece destaque o adotado pelo constitucionalismo alemão. A jurisprudência alemã constitui fonte de diferentes técnicas de decisão desenvolvidas com a finalidade de atenuar os efeitos da pronúncia de nulidade com efeitos *ex tunc*, embora não se possa falar propriamente em modulação do efeito das decisões da Corte Constitucional.

Diversas formas de decisão foram adotadas pelo Tribunal Constitucional Alemão, notadamente o apelo ao legislador e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Relativamente a esta, verifica-se que sua utilização se dá precipuamente naqueles casos em que a declaração de nulidade com efeitos retroativos se mostra inadequada para sanção do vício. Sinteticamente, aponta-se a exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia²⁵ e a omissão legislativa parcial²⁶ como ensejadoras da utilização dessa técnica de decisão. Em tais hipóteses, haveria uma intolerável intervenção na liberdade de conformação do legislador caso a Corte Constitucional optasse por se sobrepor ao dever de

²⁵ Na lição de Gilmar Ferreira Mendes, a exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia “se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores (v.g. benefícios sociais, salários ou vencimentos, subvenções etc.)”. Ainda conforme o autor, em tais casos, “a lesão ao princípio da isonomia pode ser afastada de diversas maneiras: pela supressão do próprio benefício; pela inclusão de grupos eventualmente discriminados ou até mediante a edição de nova regra, que condicione a outorga de benefícios à observância de determinados requisitos decorrentes do princípio da igualdade”. No entanto, em havendo a supressão do benefício, o que seria obtido pela declaração de nulidade *tout court* da lei inconstitucional, a situação de inconstitucionalidade seria agravada; nas demais hipóteses, haveria uma interferência indevida em seara própria do Poder Legislativo, vindo a atuar o Tribunal Constitucional como legislador positivo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 271-272.

²⁶ No caso brasileiro, exemplo típico de omissão legislativa parcial refere-se à implementação do salário mínimo. Veja, v.g., a ementa da ADI-MC 1.458, relator Ministro Celso de Mello: “(...) Salário Mínimo - Valor Insuficiente - Situação de Inconstitucionalidade por Omissão Parcial. - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário (...)”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2008.

legislar²⁷.

Como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, o Tribunal Constitucional Federal Alemão recorre ainda ao argumento das lacunas ameaçadoras, que surgiriam em casos de pronúncia de nulidade, em que o vácuo normativo acabaria por causar um caos jurídico²⁸.

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade distingue-se do apelo ao legislador, haja vista que, neste último caso, não há declaração de inconstitucionalidade. Na hipótese, o Tribunal rejeita a arguição de inconstitucionalidade, “anunciando, todavia, uma possível conversão dessa situação ainda constitucional (*noch verfassungsgemäss*) num estado de inconstitucionalidade” e conferindo um prazo para que o legislador regule a matéria²⁹.

Outra modalidade de decisão adotada pela Corte Constitucional Alemã e incorporada ao constitucionalismo brasileiro pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal refere-se à interpretação conforme à Constituição. Segundo essa técnica, caberá ao Tribunal, dentre várias interpretações possíveis contidas em um dado texto normativo, optar por dar efetividade àquela compatível com a Constituição, excluindo todas as outras. Assim é que o Tribunal profere uma sentença de procedência parcial, “para declarar inconstitucionais os sentidos admissíveis da norma que não o único compatível com a Constituição”³⁰.

As técnicas de decisão apontadas, embora não se confundam com a modulação temporal de efeitos, afiguram-se importantes por indicar uma forte tendência de mitigação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. De fato, a pluralidade de situações que as Cortes Constitucionais têm de enfrentar exigem novos instrumentos processuais que possam responder aos reclamos de uma jurisdição constitucional mais efetiva³¹.

A teoria da nulidade também é abraçada pelo Direito Português. À similitude do que

²⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. *Op. Cit.*, p. 433-466.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. *Op cit.*, p. 459.

²⁹ *Ibid.*, p. 252-310.

³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. A Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 10.

³¹ Sobre os novos princípios de interpretação constitucional, bem como as modalidades de decisão adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, vide BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ocorre com o Brasil, Portugal adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, com algumas peculiaridades, conforme se demonstra a seguir.

Primeiramente, seguindo a lição de J.J. Gomes Canotilho, observamos que a Carta Portuguesa adota um esquema dual de graus de invalidade dos atos legislativos: nulidade-inexistência e nulidade³². As hipóteses de inexistência são expressamente estipuladas pela Constituição Portuguesa. Cite-se, a título de exemplo, o disposto nos artigos 140, n.º 2 (que trata de atos da Assembléia da República ou do Governo a que faltem a promulgação ou assinatura e atos do Presidente da República a que faltem referenda ministerial); e 172, n.º 2, que declara juridicamente inexistente o decreto de dissolução da Assembléia da República nos seis meses posteriores à sua eleição, no último semestre do mandato do presidente da República ou na vigência do estado de sítio ou de emergência³³.

A par dos casos expressos de inexistência, a nulidade absoluta do ato normativo a que faltarem requisitos materiais, formais, orgânicos e procedimentais, tal como previstos na Constituição, bem como seus efeitos retroativos, resta consagrada claramente no art. 282, n.º 1 da Constituição³⁴. Da mesma forma, há disciplina expressa acerca da possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de um dado diploma legal. Nesse sentido, o artigo 282 (4) da Constituição Portuguesa é explícito ao dispor que, presentes razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade ou da ilegalidade de forma mais restritiva³⁵.

Dessarte, no Direito português, a discussão sobre a teoria da nulidade da norma constitucional, bem como os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, se insere totalmente no texto da Constituição, a qual acaba por conferir amplos poderes ao Tribunal

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 953-956.

³³ Para uma sistematização completa, vide MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. Tomo VI. Lisboa: Coimbra Editora, 2005. p. 94-102.

³⁴ “Artigo 282, n.º 1: A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”.

³⁵ Excerto disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao>. Acesso em: 02 set. 2008.

Constitucional³⁶. De fato, diversos julgados fazendo uso da técnica podem ser encontrados na jurisprudência daquele país.

Confira-se, v.g., a decisão plenária proferida no acórdão 239/2008. Tratava-se, no caso, de pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 11, n.º 1, alíneas “f” e “l”, do Decreto Regulamentar n.º 53/97, de 9 de Dezembro, que estabelece os princípios gerais em matéria de recrutamento e seleção de pessoal para admissão de candidatos ao curso de formação de agentes para ingresso nos quadros da Polícia Marítima.

Os dispositivos impugnados dispunham que só poderiam ser admitidos ao concurso os candidatos a agentes estagiários que não tivessem sido condenados por qualquer crime doloso e não tivessem quaisquer punições averbadas durante o cumprimento do serviço militar. Alegava-se, no caso, violação ao artigo 30, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”.

O Tribunal declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos por entender que teria havido a interdição do exercício de um direito fundamental, como consequência automática da aplicação de uma sanção de carácter disciplinar militar, o que iria de encontro ao artigo 30, n.º 4, citado supra.

No que se refere os efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade, no entanto, o Tribunal entendeu que, por se tratar de norma em vigor há mais de 10 anos, “o princípio da segurança jurídica impõe que os concursos já findos não possam ser reabertos por força do presente juízo, justificando-se lançar mão da faculdade conferida pelo n.º 4, do artigo 282.º, da C.R.P., por forma a limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a não serem afectados os resultados dos concursos findos não impugnados ou cuja impugnação já foi definitivamente decidida”³⁷.

Finalmente, no que toca ao problema da eficácia *pro futuro*, Rui Medeiros assinala que a maior parte da doutrina não a admite, sob pena de ferimento ao princípio da

³⁶ O fato é assinalado por Rui Medeiros, esclarecendo que entre 1983 e 1986, quase um terço das declarações de inconstitucionalidade tiveram efeitos restritos. Até meados de 1988, houve dezoito decisões de restrição de efeitos em sessenta e sete declarações de inconstitucionalidade. Entre 1989 e 1997, cerca de noventa declarações de inconstitucionalidade foram proferidas, sendo que mais de vinte foram acompanhadas de uma limitação de efeito. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. *Op. cit.*, p. 689. Já em 1985, Vital Moreira advertia que, dada a frequência com que a Corte recorria à limitação de efeitos, corria-se o risco de transformar a exceção em regra. Conforme acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/85.

³⁷ Veja-se, ainda, as decisões plenárias proferidas nos acórdãos n.º 597/1996, 406/2003 e 34/2006, apenas para citar alguns exemplos. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 31 nov. 2008.

constitucionalidade. Nessa linha, o autor cita Jorge Miranda, Marcelo Rebelo de Sousa, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. Também nesse sentido, estariam as decisões do Tribunal Constitucional Português, embora, em pelo menos um caso, ele tenha se utilizado do recurso da retardação da publicação do acórdão que declarou a inconstitucionalidade de determinada lei³⁸.

A preocupação com o princípio da constitucionalidade – que entre nós pode ser compreendido como princípio da supremacia da Constituição –, ao mesmo tempo em que constitui argumento para a não utilização da modulação de efeitos com eficácia *pro futuro*, não impede que, relativamente aos efeitos retroativos da declaração de nulidade da norma inconstitucional, o Tribunal Constitucional Português, como visto, utilize-se largamente da técnica de decisão prevista no artigo 282 (4) da Constituição Portuguesa³⁹.

De fato, parece-nos que os mesmos argumentos que justificam uma limitação dos efeitos retroativos também podem ser usados para fundamentá-la em relação a uma eficácia *pro futuro*. O que se deve procurar evitar é que a ausência de balizamento temporal, no caso da limitação para o futuro, possibilite a vigência *ad infinitum* da lei declarada inconstitucional. De se ressaltar que, entre nós, o problema se encontra parcialmente superado, pois, como visto, o artigo 27 da Lei 9.868/9 expressamente admite a eficácia *pro futuro*. A questão do marco temporal, no entanto, permanece carente de regulamentação, como demonstram as decisões do Supremo Tribunal na matéria, a serem analisadas no item subsequente.

Na Espanha, a modulação de efeitos constitui obra da jurisprudência do Tribunal Constitucional, desenvolvida através da célebre Sentença 45/1982, de 20 de fevereiro. O caso concreto versava sobre a constitucionalidade da Lei 44/1978, que estabelecia um sistema de liquidação conjunto do Imposto de Renda da família.

O Tribunal Constitucional principia por afirmar que sua respectiva lei orgânica não possui dispositivo expresso que o autorize a diferir para o futuro os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, à similitude do que ocorre na Alemanha e na Áustria. Registra, ainda,

³⁸ Rui Medeiros cita o acórdão 168/1988, que tratava da “declaração de inconstitucionalidade forma do Acordo, por troca de notas, entre o Governo Português e o Governo dos Estados Unidos da América, que autorizava a instalação em território nacional de uma estação electro-óptica para vigilância do espaço exterior”. Prossegue o autor destacando que, “nessa ocasião, o Tribunal Constitucional considerou que particulares e especiais razões de segurança jurídica e de interesse público aconselhavam a que os efeitos da inconstitucionalidade fossem limitados à data da publicação do respectivo acórdão no jornal oficial”. No entanto, o Tribunal mandou suspender o pedido de publicação do acórdão, aguardando dois meses para reformulá-lo. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. *Op. cit.*, p. 691-692.

³⁹ *Ibid.*, p. 691.

que não há uma vinculação necessária entre inconstitucionalidade e nulidade e que tampouco os efeitos da nulidade relativos ao passado vêm definidos em lei.

Conclui, no entanto, que a inconstitucionalidade da lei reside no fato de que, ao determinar a obrigatoriedade de declaração conjunta da renda familiar, não abre qualquer possibilidade de uma declaração segregada do imposto pelos membros da família. Haveria, então, uma violação do princípio da isonomia, na medida em que pessoas com rendas distintas seriam tributadas da mesma forma pelo simples fato de pertencerem à mesma unidade familiar⁴⁰.

Assim, embora entenda que a lei se mostra omissa ao não prever hipótese de tributação em separado, o Tribunal decide pela não declaração da nulidade com efeito retroativo dado o impacto econômico que a decisão traria para o Fisco – o qual teria que revisar milhares de declarações de imposto de renda.

Na decisão resta consignado, ainda, que a simples declaração de nulidade seria insuficiente para sanar a omissão legislativa. Opta-se, então, por uma eficácia *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade, exortando o legislador para que realize “as adaptações pertinentes no regime legal do imposto, servindo-se de sua própria liberdade de configuração normativa”⁴¹. Na fundamentação, observa-se que o Tribunal se reporta explicitamente à teoria da prospectividade (*prospective overruling*) cunhada no Direito Norte-Americano em

⁴⁰ “(...) La violación del art. 39.1 C.E. que el sistema de acumulación de rentas implica, se produce, en primer término y sobre todo, por las mismas razones que obligan a considerar que tal sistema es incompatible con el principio de igualdad. Si la carga tributaria que pesa sobre una persona integrada en una unidad familiar es mayor que la que pesa sobre otro contribuyente con idéntico nivel de renta, pero no integrado en una unidad de este género (o, lo que es lo mismo, mayor que la que pesaría sobre esa misma persona si no constituyera parte de una familia, a efectos fiscales), es evidente que no sólo se lesiona el principio de igualdad, sino que directamente se va en contra del mandato constitucional que ordena la protección de la familia, a la que, al obrar así, no sólo no se protege, sino que directamente se perjudica”. Disponível em: <http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0045>. Acesso em: 05 out. 2008.

⁴¹ “Le cumple, pues, al legislador, a partir de esta Sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional, al que en un proceso como el que ahora concluye sólo le corresponde apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados (art. 27.1 de su Ley Orgánica), cuya ilegitimidad constitucional, sea cual sea la fórmula utilizada (nulidad o simple inconstitucionalidad) hace jurídicamente imposible su aplicación al ejercicio de 1988, puesto que el impuesto a él correspondiente, aunque ya devengado, no puede ser liquidado y exigido de acuerdo con preceptos contrarios a la Constitución”. Disponível em: <http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0045>. Acesso em: 07 nov. 2008.

oposição à tradicional teoria da nulidade⁴².

É interessante assinalar que, ao passo que os sistemas que consagraram a teoria da nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional realizam um movimento de atenuação da eficácia retroativa *tout court*, o sistema austríaco, caracterizado pelo controle abstrato e pela adoção da teoria da anulabilidade da lei inconstitucional, consagrados na Constituição Austríaca de 1920, procura mecanismos que possibilitem a declaração retroativa de inconstitucionalidade⁴³.

Como cediço, tradicionalmente, o sistema de controle de constitucionalidade austríaco, concebido segundo a teoria kelseniana, adota a tese da anulabilidade da lei inconstitucional com efeitos *ex nunc*. A decisão de inconstitucionalidade, para esse sistema é, portanto, constitutiva e não declaratória⁴⁴.

Isso porque a atividade de controle de constitucionalidade, na teoria kelseniana, não seria propriamente judicial, mas constitucional, na medida em que o Judiciário atuaria como uma espécie de legislador negativo. Não haveria inconstitucionalidade sem que ela fosse declarada por um órgão constitucional com competência para fazê-lo. A decisão de inconstitucionalidade teria, portanto, efeitos constitutivos, visto que “a nulidade não pode, de forma alguma, ser considerada como definitiva antes da conclusão do procedimento, que poderá conduzir a uma decisão que a nega”. Há que se ressaltar, no entanto, que Kelsen admitia vários graus de anulabilidade, inclusive a anulação com efeitos retroativos, ditada por razões de segurança jurídica⁴⁵.

⁴² Sobre o tema vide, ENTERRÍA, Eduardo García. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. In: **Revista de Direito Público**, n. 92, p. 2, out./dez. 1989. O autor é bastante contundente ao avaliar a decisão do Tribunal, esclarecendo que há uma relação estreita entre “nulidade e catástrofe”, asseverando que “a nulidade absoluta (e retroativa) não é o remédio adequado e suficiente para corrigir a imperfeição do sistema legal que desde o parâmetro da Constituição tenha sido declarado inconstitucional.” Nesta visão, a doutrina prospectiva constituiria uma “eliminação do freio” (*self-restraint*), ampliando o campo de ação da Jurisdição Constitucional de sorte a permitir “um ajuste sucessivo e cada vez mais afinado das normas que compõem o ordenamento pelos valores constitucionais”.

⁴³ Para um histórico completo sobre o tema vide BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. *Op. cit.*, p. 19-20, 47-49.

⁴⁴ Interessante assinalar que Inocêncio Mártires, adotando a linha de pensamento de Kelsen, considera que a nulidade desde a origem da norma declarada inconstitucional conduziria a um artificialismo, redundando em “procedimento que, freqüentemente, expunha e ainda expõe as cortes constitucionais ao constrangimento de fecharem os olhos para os efeitos concretos das leis declaradas inconstitucionais, como se essa tática de avestruz pudesse desfazer seus atentados à natureza das coisas (...)”. COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política? **Revista de Direito Administrativo**, n. 221, p. 62-63.

⁴⁵ “Nunca há nada mais que a anulabilidade, nem que apenas no sentido de que é possível apresentar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade – uma anulação com efeitos retroativos (...) a anulação comporta, na verdade, vários graus, seja quanto ao seu alcance, seja quanto ao seu efeito”. Em trecho subsequente, Kelsen admite expressamente que a anulação poderá ocorrer com ou sem efeito retroativo, conforme os ditames da segurança jurídica. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. *Op. cit.*, p. 143-145.

Nada obstante, desde a revisão constitucional de 1975, a Áustria vem admitindo a modulação de efeitos temporais pelo Tribunal Constitucional Austríaco. O artigo 140, n° 5, da Constituição admite que, ao declarar a anulação de determinada lei, a Corte possa fixar um prazo de até 18 meses para que a lei inconstitucional continue a produzir efeitos (limitação *in futuro* ou *Fritzbestimmung*)⁴⁶. A finalidade da norma consiste exatamente em evitar a lacuna que poderia advir de uma anulação com efeitos *ex nunc*, conferindo tempo ao legislador para que ele aprove nova regulamentação⁴⁷.

O Tribunal pode adotar, ainda, a denominada eficácia *pro praeterito*, com a ressalva dos casos cobertos pela coisa julgada. Finalmente, a decisão de inconstitucionalidade terá eficácia retroativa em relação ao caso que esteve na base do controle concreto de constitucionalidade⁴⁸.

Em vista do exposto, verifica-se que, mesmo na Áustria, a adoção de uma solução fechada de eficácia *ex nunc* também se mostrou insuficiente em vista de razões de segurança jurídica e política legislativa. De fato, a simples retirada da lei inconstitucional do ordenamento, ainda que sem retroatividade, acaba por ocasionar a existência de lacunas, gerando incerteza normativa.

Finalmente, vale conferir destaque ao Direito Comunitário, haja vista que o artigo 174 (atual artigo 231), do Tratado de Roma, confere ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias o poder de fixar os efeitos da decisão que anula regulamento comunitário impugnado via recurso⁴⁹.

Embora o Tratado faça referência apenas a regulamentos, a jurisprudência do Tribunal

⁴⁶ “Art. 140 (5) The judgment by the Constitutional Court which rescinds a law as unconstitutional imposes on the Federal Chancellor or the competent Governor the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to para. 4 above. The rescission enters into force on the day of publication if the Court does not set a deadline for the rescission. This deadline may not exceed eighteen months” (O julgamento do Tribunal Constitucional que declarar uma lei inconstitucional impõe ao Chefe de Governo ou ao Governador competente o dever de publicar imediatamente a decisão. A decisão começa a produzir efeitos no dia da publicação, salvo se outro prazo for fixado pela Corte. Isso se aplica analogicamente no caso de uma decisão relativa ao parágrafo 4 acima. Esse prazo não pode exceder 18 meses). Disponível em: <<http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishverfassung.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2009.

⁴⁷ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. *Op. cit.*, p. 681.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Art. 174 (atual artigo 231): “Se o recurso tiver fundamento, o Tribunal de Justiça anulará o acto impugnado. Todavia, no que respeita aos regulamentos, o Tribunal de Justiça indicará, quando o considerar necessário, quais os efeitos do regulamento anulado que se devem considerar subsistentes”. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_PT.pdf>. Acesso em: 20 out. 2008.

de Justiça vem estendendo a possibilidade de restrição de efeitos também para as diretivas comunitárias⁵⁰.

Ainda no que toca às diretivas, admite-se, ao lado da mencionada delimitação temporal dos efeitos retroativos, a limitação *pro futuro* de eventual declaração de invalidade. Cite-se, v.g., o caso em que o Tribunal anulou uma diretiva comunitária que regulamentava o direito de residência de estudantes nacionais de um Estado-membro⁵¹.

Considerou-se, no caso, que a anulação com efeitos retroativos da diretiva poderia prejudicar o direito de residência dos estudantes para fins de formação profissional, tal como previsto no Tratado de Roma. Com fundamento em razões de segurança jurídica, o Tribunal determinou que fossem mantidos provisoriamente todos os efeitos da diretiva anulada, até nova regulamentação pelo Conselho das Comunidades Europeias⁵².

Uma terceira hipótese de delimitação temporal pode ser identificada na decisão proferida em 08 de abril de 1976, conhecida como *Caso Defrenne* (Processo 73/45), na qual Tribunal passou a admitir o uso da modulação de efeitos nos casos elencados no artigo 177 do Tratado de Roma (atual art. 234), que trata de questões prejudiciais⁵³. No caso, a questão prejudicial dizia com a eficácia direta do art. 119 do Tratado, que estabelece o princípio da igualdade de remunerações entre trabalhadores do sexo masculino e feminino.

A ação havia sido proposta por Gabrielle Defrenne contra a *Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*, pleiteando igualdade remuneratória com empregados do sexo masculino pertencentes à mesma empresa. Pretendia a litigante, portanto, que o princípio

⁵⁰ Sobre a distinção entre regulamento e diretiva, vide artigo 189 (atual artigo 249) do Tratado de Roma: “Para o desempenho das suas atribuições e nos termos do presente Tratado, o Parlamento Europeu, em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adoptam regulamentos e directivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres. O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-membros. A directiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar. As recomendações e os pareceres não são vinculativos”. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_PT.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2008.

⁵¹ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61975J0043:EN:HTML>>. Acesso em: 13 out. 2008.

⁵² Conforme MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. *Op. cit.*, p. 687

⁵³ “Art. 234. O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação do presente Tratado; b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade e pelo BCE; c) Sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça”.

inserto no artigo 119 do Tratado de Roma fosse interpretado como uma cláusula de não-discriminação aplicável a todos os Estados-membros.

Note-se que o artigo 119 do Tratado fixava a data de 30.12.1961 para sua incorporação pelos Estados-membros. Assim foi que, em 30 de dezembro daquele ano, os Estados adotaram uma resolução determinando que quaisquer diferenças remuneratórias entre homens e mulheres deveria ser extirpada até a data final de 31 de dezembro de 1964.

A prorrogação realizada (de 01.01.1962 até 31.12.1964), foi considerada nula pelo Tribunal, visto que realizada sem respaldo em uma alteração formal do próprio Tratado de Roma. No entanto, o Tribunal entendeu que razões imperiosas de segurança jurídica impediam a aplicação retroativa do dispositivo. Restou assentado, portanto, que o artigo 119 só poderia ser invocado para fundamentar pleitos de igualdade salarial a partir do acórdão, salvo para aqueles trabalhadores que já houvessem ajuizado demandas equivalentes à época da decisão⁵⁴.

Em sua decisão, o Tribunal analisa ainda as repercussões econômicas e os interesses públicos e privados que seriam afetados por uma eventual decisão retroativa. O fundamento mostra-se interessante, pois consagra a utilização de razões jurídicas e razões políticas no manejo da modulação de efeitos, nos moldes do direito português. De se ressaltar que o Tribunal se apóia, ainda, em uma visão pragmática, que pondera a repercussão prática da

⁵⁴ “72 However, in the light of the conduct of several of the member states and the views adopted by the commission and repeatedly brought to the notice of the circles concerned, it is appropriate to take exceptionally into account the fact that, over a prolonged period, the parties concerned have been led to continue with practices which were contrary to article 119, although not yet prohibited under their national law. 73 The fact that, in spite of the warnings given, the commission did not initiate proceedings under article 169 against the member states concerned on grounds of failure to fulfill an obligation was likely to consolidate the incorrect impression as to the effects of article 119. 74 In these circumstances, it is appropriate to determine that, as the general level at which pay would have been fixed cannot be known, important considerations of legal certainty affecting all the interests involved, both public and private, make it impossible in principle to reopen the question as regards the past. 75 Therefore, the direct effect of article 119 cannot be relied on in order to support claims concerning pay periods prior to the date of this judgment, except as regards those workers who have already brought legal proceedings or made an equivalent claim”. (72. No entanto, à luz da conduta de diversos estados membros e das interpretações adotadas pela comissão e repetidamente divulgadas nos círculos interessados, é apropriado levar excepcionalmente em conta o fato de que, por um longo período, as partes signatárias foram levadas a continuar com práticas contrárias ao artigo 119, embora ainda não proibidas pelas respectivas leis nacionais. 73. O fato de que, a despeito dos avisos dados, a comissão não iniciou procedimentos com fundamento no artigo 169 contra os estados membros que falharam de alguma forma no cumprimento de suas obrigações, conduziu à consolidação de uma impressão incorreta acerca dos efeitos do art. 119. 74. Nessas circunstâncias, é apropriado ressaltar que, como o piso salarial fixado não poderia ser conhecido, importantes considerações acerca da segurança jurídica, afetando todas as partes envolvidas, públicas e privadas, impossibilita, a princípio, reabrir questões relativas ao passado. 75. Dessa forma, o efeito direto do artigo 119 não pode fundamentar demandas relativas a períodos de pagamento anteriores à data deste julgamento, exceto no que concerne àqueles trabalhadores que já iniciaram procedimentos legais ou fizeram uma demanda equivalente). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61975J0043:EN:HTML>>. Acesso em: 13 out. 2008.

decisão proferida⁵⁵⁻⁵⁶.

1.3 A Modulação de Efeitos e o Supremo Tribunal Federal

De acordo com a lição de Luís Roberto Barroso, a teoria da nulidade da lei inconstitucional “foi amplamente acolhida do Direito brasileiro desde o início da República”⁵⁷, no bojo de um sistema de controle de constitucionalidade a princípio instituído como difuso –, embora, atualmente, o nosso sistema consagre um modelo de controle misto⁵⁸.

Deve-se registrar que há autores que consideram a nulidade da lei inconstitucional como princípio constitucional implícito, extraído do sistema⁵⁹. Não nos parece ser essa, no entanto, a melhor abordagem. A teoria da nulidade, conforme demonstrado no item precedente, refere-se, na verdade, a uma doutrina, sistematizada pela jurisprudência norte-americana, cuja principal finalidade consiste em qualificar o vício decorrente da lei

⁵⁵ Karl Larenz já assinalava que, nas resoluções de grande alcance político, como em geral são aquelas que concretizam princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e as relacionadas aos direitos fundamentais, os métodos tradicionais de interpretação mostram-se insuficientes, forçando, muitas vezes, uma decisão política do Tribunal Constitucional, através de uma ponderação das conseqüências orientada à idéia de bem comum, a ser realizada no caso concreto. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 2005. p. 510-517.

⁵⁶ Eduardo García de Enterría faz menção à célebre Sentença Markx, proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos com amparo, exatamente, na doutrina firmada no caso *Defrenne*. No caso, tratava-se de declarar a igualdade de filhos havidos no casamento com os chamados naturais ou não matrimoniais, que se imporia por aplicação do Convênio Europeu de Liberdades e Direitos Humanos. O Tribunal afirma o direito de igualdade, mas nega efeitos retroativos à decisão, “argumento que as conseqüências práticas de toda decisão judicial devem ser ponderadas com cuidado”, por força do princípio da segurança jurídica. ENTERRÍA, Eduardo García. **Justicia constitucional**: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Op. cit.*, p. 8.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. *Op. cit.*, p. 18.

⁵⁸ De fato, na Constituição de 1891, em grande parte devido aos trabalhos de Rui Barbosa, o Brasil optou pelo sistema difuso de controle de constitucionalidade. A primeira Constituição que previu uma ação direta foi a de 1934, com a criação da ação interventiva. A ação declaratória de constitucionalidade, por sua vez, somente foi introduzida entre nós na Constituição de 1988, através da Emenda n.º 3.

⁵⁹ Sobre a nulidade como princípio constitucional implícito no ordenamento jurídico brasileiro, CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 246, 2000. e MENDES, Gilmar Ferreira, conforme voto vista proferido no Agravo de Instrumento 582280 AgR/RJ, transcrito no Informativo 442, do Supremo Tribunal Federal: “Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica)”. No mesmo voto, o Ministro defende a utilização da técnica no âmbito da não recepção, asseverando que o “dogma da nulidade da norma inconstitucional”, tal como fixado na decisão proferida por Marshall, poderá ceder em função da segurança jurídica, sendo certo que, ao utilizar-se da indigitada técnica, o magistrado realiza autêntica ponderação entre princípios constitucionais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2008.

inconstitucional e afirmar a supremacia da Constituição perante as demais normas do sistema.

Nessa linha, consigna-se, desde logo, que a nulidade não se pondera como um princípio constitucional, não havendo que se falar em graus de aplicação conforme as possibilidades jurídicas e fáticas apontadas pelo caso concreto; e tampouco a modulação de efeitos é capaz de, por si só, alterar a natureza do vício que contamina a norma inconstitucional. Tais questões serão tratadas no decorrer do trabalho.

A despeito das considerações supra, é inegável que a teoria da nulidade, ou pelo menos o rigor de seus efeitos, sofreu mitigações pela jurisprudência brasileira, à similitude dos outros sistemas constitucionais apreciados. Em acórdão lavrado em 31 de maio de 1977, o Ministro Leitão de Abreu chegou a sustentar a natureza anulável do ato inconstitucional e a necessidade de preservação dos efeitos por ele produzidos em função do princípio da boa-fé⁶⁰. Embora o Ministro Leitão de Abreu tenha sido voto vencido, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir temperamentos à retroatividade absoluta da decisão declaratória de inconstitucionalidade⁶¹.

Assim é que, fazendo uso da teoria da aparência, o STF já decidiu que vantagem pecuniária estabelecida em lei declarada posteriormente inconstitucional não deveria ser devolvida, protegendo-se a aparência de legalidade em favor de terceiros de boa-fé⁶². Da mesma forma, mitigações foram realizadas em respeito à coisa julgada e ao princípio da proibição ao enriquecimento sem causa.

Também a teoria do fato consumado, largamente aplicada em matéria de preenchimento de requisitos exigidos em concurso público pelo Superior Tribunal de Justiça, foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para consolidar a situação de empregados públicos que ingressaram na Administração Pública até 1993, sem a realização de prévio concurso público, o qual, somente a partir daquele ano, passou a ser pacificamente considerado pela jurisprudência como imprescindível ao preenchimento de cargos públicos.

⁶⁰ “A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecem relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que está procedendo no amparo do direito objetivo”. RE 79.343-BA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2008.

⁶¹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 251-254, 2000.

⁶² Conforme RE 122.202-MG. Ministro (a) Rel.: Francisco Rezek. Julgamento: 10.08.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 nov. 2008.

Considerou-se que “os prejuízos que adviriam para a Administração, além dos servidores, seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento destes atos. Prevalece o princípio da segurança jurídica e da boa-fé, como tem entendido a jurisprudência”⁶³.

Após a promulgação da Lei 9.868/99, diversas decisões proferidas pelo STF em controle concentrado e difuso, e também por ocasião de mudança de jurisprudência, utilizaram-se da referida técnica.

No controle concentrado, exemplo típico verifica-se no caso de desmembramentos de municípios por lei estadual após a Emenda Constitucional 15/96. A indigitada emenda deu nova redação ao artigo 18, § 4º, da Constituição Federal de 1988, passando a exigir lei complementar federal para regulamentação do período em que poderá ser realizada a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios. A inércia do Poder Legislativo Federal, no entanto, tem levado o STF a pronunciar a inconstitucionalidade de leis estaduais que promovam o desmembramento, sem pronunciar sua nulidade por um dado prazo, a fim de que a omissão constitucional seja sanada.

Nesse sentido, a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.689, que impugnava a Lei n. 6.066, de 14 de agosto de 1997, do Estado do Pará. O Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a ação direta, e, por maioria, decidiu não pronunciar a nulidade do ato impugnado, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, até que o legislador estadual estabelecesse novo regramento. Considerou-se que, no Mandado de Injunção 725, a Corte determinou ao Congresso Nacional, no prazo de 18 meses, a edição da Lei Complementar exigida pelo citado artigo 18, § 4º, Constituição Federal. A decisão teve por principais fundamentos o princípio da segurança jurídica e a força normativa da Constituição, tendo em vista que o desmembramento já havia se verificado no plano fático.

⁶³ Leia-se a ementa da citada decisão, proferida no RE 442683/RS e transcrita no Informativo 419, da lavra do Ministro Carlos Velloso: “Ementa: Constitucional. Servidor público: provimento derivado: inconstitucionalidade: efeito *ex nunc*. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica. I. – A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos — 1987 a 1992 —, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, “DJ” de 25.6.1999. II. – Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III. – Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. – RE conhecido, mas não provido”. Recurso Extraordinário nº 442683/RS. Ministro (a) Rel.: Carlos Velloso. Julgamento: 13.12.2005. Informativo 419. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

Veja-se, ainda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.819⁶⁴, que versava sobre a transposição⁶⁵ de servidores da Administração Pública do Estado de Minas Gerais para o cargo de Defensor Público Estadual. Por entender caracterizada a ofensa ao princípio do concurso público (CF, artigos 37, II e 134, § 1º), bem como ao art. 37, XIII, da Constituição Federal, que veda a equiparação ou vinculação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado na Ação Direta. Decidiu-se, ainda, que a declaração teria eficácia a partir de seis meses, a contar da data da decisão tomada, “prazo que considerou razoável para a reorganização da Defensoria Pública do referido Estado-membro, asseverando ser ínsita à utilização da técnica da modulação a expectativa de que o Chefe do Poder Executivo, nesse período, adote as providências administrativas necessárias ao provimento de cargos relativamente aos aprovados em concursos públicos”.

Trata-se, no caso, de uma típica atribuição de eficácia *pro futuro* da decisão, de fato autorizada pelo art. 27 da Lei 9.868/99. De se registrar, no entanto, que o dispositivo não faz qualquer menção ao prazo máximo a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade poderia ter sua eficácia restringida, o que gera uma falta de critérios objetivos para que o Supremo Tribunal Federal possa estipular o prazo. Tanto é que, no mesmo acórdão, o Ministro Marco Aurélio foi voto vencido, fixando o prazo de 24 meses para eficácia do *decisum*.

Conclui-se que, relativamente à limitação *pro futuro*, o artigo 27 da Lei 9.868 mostra-se claramente omissivo, haja vista que não estabelece limite para que a decisão declaratória de inconstitucionalidade inicie a produção de efeitos, permitindo a vigência *ad infinitum* da lei inquinada de vício. O mesmo problema foi verificado no julgamento da ADI 3.819, citada *supra*.

Vale destacar, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal, ao manejar a técnica da modulação temporal de efeitos na indigitada ADI 3.819, justificou a atribuição de efeitos prospectivos sob o fundamento de que seria ínsito à técnica da modulação que o Executivo

⁶⁴ Informativo 485. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2009.

⁶⁵ Conforme Maria Sylvania Zanella Di Pietro, a transposição “era o ato pelo qual o funcionário ou servidor passava de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso. Visava ao melhor aproveitamento dos recursos humanos, permitindo que o servidor, habilitado para o exercício de cargo mais elevado, fosse nele provido mediante concurso interno”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 487-488. Trata-se de forma de provimento derivado que, após a Constituição de 1998, tornou-se contrária ao princípio do concurso público.

tomasse as providências administrativas necessárias ao provimento dos cargos. A decisão, portanto, não encontrou fundamento em eventual boa-fé dos servidores contratados em desrespeito ao princípio do concurso público, mas no interesse público na manutenção de serviço essencial, que seria de imediato interrompido se adotada a tese da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional.

O STF ponderou os princípios do concurso público e da constitucionalidade com os princípios do interesse público no aparelhamento e na prestação do serviço de assistência judiciária gratuita e da continuidade do serviço público, o qual sofreria prejuízos sérios – possivelmente sua interrupção, pois recém implantado com servidores transpostos – com o afastamento, de imediato, destes funcionários. Formulou-se regra de prevalência parcial, em harmonia com o princípio da concordância prática ou recíproca, visto que, depois de seis meses da publicação daquela decisão, o pessoal destacado para a prestação do citado serviço haveria de ser previamente aprovado em concurso público; ou seja, o respeito ao princípio do acesso igualitário aos cargos e empregos públicos, mitigado por breve tempo (até seis meses), reassume, após, total força.

Outras questões têm sido levantadas em sede de modulação de efeitos, como a possibilidade de sua utilização em controle difuso⁶⁶ e em casos de não-recepção⁶⁷, bem como

⁶⁶ “Embora a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999. Cuida-se aqui, tão-somente, de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. (...) assinala-se que, antes do advento da Lei n. 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. (...) No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.”. Ação Cautelar n.º 189-MC-QO. Ministro (a) Rel.: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 01.02.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 out. 2009.

⁶⁷ “No AgrRE 395.902, relatado por Celso de Mello, em decisão prolatada junto à 2ª Turma, decidiu-se que o caso seria de não recepção de norma pré-constitucional, e que conseqüentemente não se aplicaria a regra do art. 27 da Lei n. 9.868/99. Naquela ocasião, determinou-se que ‘(...) Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica de modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional’. Acompanho Celso de Mello, porém quero deixar consignado que, no meu entender, a técnica de modulação dos efeitos pode ser aplicada em âmbito de não recepção (...) No caso presente, não se cuida de inconstitucionalidade originária decorrente do confronto entre a Constituição e norma superveniente, mas de contraste entre lei anterior e norma constitucional posterior, circunstância que a jurisprudência do STF classifica como de não recepção. É o que possibilita que se indague se poderia haver modulação de efeitos também na declaração de não recepção, por parte do STF. Transita-se no terreno de situações imperfeitas e da ‘lei ainda constitucional’, com fundamento na segurança jurídica. (...) Entendo que o alcance no tempo de decisão judicial determinante de não recepção de direito pré-constitucional pode ser objeto de discussão. E os precedentes citados comprovam a assertiva. Como demonstrado, há possibilidade de se modularem os efeitos da não-recepção de norma pela Constituição de 1988, conquanto que juízo de ponderação justifique o uso de tal recurso de hermenêutica constitucional. Não obstante, não vislumbro justificativa que ampare a pretensão do recorrente, do ponto de vista substancial, e no caso presente, bem entendido.”. Agravo de Instrumento n.º 631.533, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática. Julgamento em 12.03.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 out. 2009.

a viabilidade da modulação em sede de mudança de jurisprudência e nos casos em que não há pronúncia de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso, temas que serão tratados em tópicos apartados.

No momento, parece-nos que a conclusão mais importante a ser extraída dos julgados do Supremo Tribunal é que a boa-fé do jurisdicionado não consiste fator imprescindível para a modulação de efeitos. Releva na argumentação do Tribunal, de forma mais contundente, o interesse público envolvido, bem como razões de segurança jurídica.

Conclui-se o presente capítulo com a constatação de que a preservação, ao menos parcial, dos efeitos de lei declarada inconstitucional constitui uma realidade não só para o ordenamento jurídico brasileiro, como para diversos sistemas alienígenas. Assim sendo, faz-se necessária uma sistematização do tema, especialmente no caso brasileiro, em que o artigo 27 da Lei 9.868/99 trabalha com fundamentos jurídicos ao lado de razões de viés político.

1.4 A Legitimidade do Tribunal Constitucional para efetuar a delimitação temporal dos efeitos de suas decisões.

O artigo 27 da Lei 9.868/99 estabelece basicamente dois elementos para que o Tribunal Constitucional possa efetuar a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade: razões de segurança jurídica e excepcional interesse social.

À similitude do que ocorre com o artigo 282 da Constituição Portuguesa, o dispositivo traz um fundamento de ordem jurídica – a segurança jurídica, insculpida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal – e outro de feição eminentemente política – excepcional interesse social. Esse dado político se revela pelo fato de que o interesse social, abrangendo diversos interesses públicos dispersos, deverá ser captado pelo Tribunal Constitucional no seio da sociedade.

A densificação dos conceitos de interesse social relevante e segurança jurídica será realizada, respectivamente, nos capítulos 4 e 5 da parte II. Por ora, interessa-nos discutir, na linha assinalada por Rui Medeiros⁶⁸, se a presença desse dado político faz com que a atuação

⁶⁸ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. *Op. cit.*, p. 688.

do Supremo Tribunal Federal, ao modular os efeitos de sua decisão, se caracterize como um poder “concorrente” do Legislativo. Acresça-se à discussão o fato de que existe uma inegável margem de discricionariedade na delimitação temporal em si mesma considerada, haja vista que caberá ao Tribunal Constitucional decidir por qual período de tempo a lei inconstitucional produzirá efeitos, sobretudo nos casos de eficácia *pro futuro*.

Em face de tais considerações, cabe questionar se a atuação do Tribunal, ao proceder à modulação de efeitos de suas decisões, afigura-se legítima ou contraria o princípio democrático e a separação de poderes.

A idéia de que o exercício da jurisdição constitucional, notadamente o controle concentrado de constitucionalidade, traz ínsita uma margem de discricionariedade e de análise política do Tribunal Constitucional não é nova. No célebre embate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen⁶⁹, o primeiro já negava ao Judiciário o papel de Guardião da Constituição, por entender que o exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário implicaria em uma apreciação discricionária e politizante do sistema constitucional.

A teoria normativista de Kelsen, elaborada sobre um sistema escalonado e hierárquico de normas (*Stufenbautheorie*), pressupunha o exercício da jurisdição constitucional para assegurar a higidez formal do sistema e o enquadramento das leis inferiores na moldura da Constituição. Kelsen irá então combater os argumentos apresentados por Schmitt, reafirmando a necessidade de criação do Tribunal Constitucional Austríaco e refutando a proposta de que o controle de constitucionalidade das leis fosse atribuído ao Presidente do Reich⁷⁰.

Há que se ressaltar que, no âmbito da jurisdição constitucional, a idéia kelseniana consistia em evitar um “governo de juízes”⁷¹. Concebia-se, dessarte, uma jurisdição

⁶⁹ SCHIMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007
KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martin Fontes, 2003.

⁷⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. *Op. cit.*, p. 150-155.

⁷¹ A doutrina do controle de constitucionalidade das leis cunhada em *Marbury vs. Madison* permitiu à Suprema Corte modular a federação americana, notadamente no período de 1895 a 1937, conhecido como “governo dos juízes”, tal a interferência que a Corte exerceu sobre os atos do legislativo federal e estadual. O fato é assinalado por Leda Boechat Rodrigues, asseverando que, enquanto no período que vai da criação da Suprema Corte até a morte de Marshall, em 1835, havia sido declarada inconstitucional uma única lei; e no período de 1835 a 1895, apenas 19, de 1895 a 1937, as declarações de inconstitucionalidade se elevam para 50, assim distribuídas: 1895 a 1918, 17; de 1920 a 1932, 22; em três anos, de 1934 a 1936, 12. Quanto às leis estaduais, de 1920 a 1930, “a Corte Suprema declarou inconstitucionais maior número delas que durante cinquenta anos de precedentes”. Prossegue a autora destacando que a maior parte das declarações de inconstitucionalidade nessa fase refere-se ao poder de tributar do Congresso, à indelegabilidade de poderes e à regulamentação das condições de trabalho e do comércio. RODRIGUES, Leda Boechat. *A corte suprema dos Estados Unidos e o “governo dos juízes” (1895-1937)*. **Revista Forense**, n.161, v.52, p. 67, set./out. 1955.

constitucional a ser exercida por um único Tribunal, que atuava como legislador negativo, proferindo sentenças constitutivas, com efeitos *ex nunc*, as quais equivaleriam a uma revogação das leis formalmente incompatíveis com a Carta Constitucional⁷².

O debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional no âmbito da separação de poderes e sua compatibilidade com o princípio democrático ganhou força após as duas grandes guerras mundiais ocorridas no século XX, com a criação de diversas Cortes Constitucionais em Estados europeus, a principiar pela própria Alemanha e também pela Itália. A partir de então, tornou-se questão amplamente debatida, inclusive nos Estados Unidos, onde as discussões acerca da dificuldade contra-majoritária ainda permanecem vivas.

Na avaliação precisa de Dieter Grimm, os debates acadêmicos envolvendo a legitimidade democrática do Poder Judiciário buscam exatamente reconciliar esse elemento político da jurisdição constitucional com a Democracia, delimitando o “domínio próprio do Legislativo”, representante direto do povo, e aquele “típico das cortes como guardiãs dos valores fundamentais e integrativos”, albergados na Constituição⁷³.

Diversas teorias procuram efetivar esse processo de reconciliação, ora através de uma

⁷² Conforme assinala Eduardo García de Enterría, essa concepção, que funcionou apenas na Áustria por um curto período, não só ignorava o princípio da supremacia normativa da Constituição própria do constitucionalismo americano, como vinculava apenas o Tribunal Constitucional Austríaco, na sua função de legislador negativo, e não os juízes ordinários. O significado da Constituição, assim, ficou restrito àquele cunhado pelos revolucionários franceses, qual seja, titularidade da soberania (decorrente da disputa entre princípio democrático e princípio monárquico) e organização dos poderes políticos. ENTERRÍA, Eduardo García. La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. **Revista de Direito do Estado**. ano 1, n. 1, p. 3-23, jan./mar. 2006.

⁷³ GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. **Revista de Direito do Estado**. ano 1, n. 4:3-22, p. 16, out./dez. 2006.

justificação procedimentalista e por vezes restritiva da jurisdição constitucional⁷⁴, ora pela via da justificação discursiva calcada no uso público na razão⁷⁵. As discussões sobre o tema são vastas e ultrapassam os fins do presente trabalho. No entanto, parece-nos proveitosa a distinção promovida por Ronald Dworkin entre questões de princípio (*choice-insensitive* ou *preference-insensitive*), as quais os juízes constitucionais encontram-se aptos a resolver; e questões de política (*choice-sensitive* ou *preference-sensitive*), matérias sensíveis à escolha e que, portanto, devem ser deixadas à deliberação do legislador⁷⁶.

Embora admitamos que a atuação de um Tribunal Constitucional lide inevitavelmente com um dado político⁷⁷, suas decisões jamais poderão ser consideradas puramente discricionárias, ou simplesmente questões de escolha guiadas pela conjuntura política, na medida em que deverão ser reconduzidas a uma norma constitucional, a qual poderá vir estruturada sob a forma de uma regra ou de um princípio.

⁷⁴ Veja-se, v.g., a obra clássica de ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. [S.l.]: Harvard University Press, 2002. Conforme esclarece David M. Beatty, a obra de Ely fornece um modelo procedimental de controle de constitucionalidade, estimulada pela atuação da Suprema Corte Americana durante a presidência do *Chief Justice* Warren, buscando legitimá-la. Por essa concepção, caberia à Corte Constitucional garantir o processo democrático, assegurando às minorias os direitos de participação política. Confira-se: “Rather than testing the laws that are enacted in a legislature or decreed by the executive against substantive moral values, Ely saw the leitmotif of the Warren Court as ensuring everyone could participate in and benefit from the process of politics on more or less equal terms (...) Judges certify the integrity of the processes of democracy by guaranteeing that everyone’s political and civil rights of speech and assembly and voting are respected and in particular making sure that society’s habitually unequal and poorly represented groups, like racial minorities and individuals caught up in the criminal justice system, are not prejudiced by their inability to negotiate the labyrinths of politics”. (Ao invés de testar as leis que são promulgadas em uma legislatura ou decretadas pelo executivo contra valores morais substantivos, Ely viu a força motriz da Corte de Warren na garantia de que todos pudessem participar e ser beneficiários do processo político, em termos mais ou menos igualitários (...)) Os juízes verificam a integridade dos processos de democracia, garantindo que os direitos civis e políticos de expressão, reunião e voto sejam respeitados; e, em particular, garantindo que a habitual desigualdade social e a existência de grupos fracamente representados, como as minorias raciais e indivíduos capturados pelo sistema judicial criminal, não sejam discriminados pela inabilidade em negociar nos labirintos da política). BEATTY, David M. **The ultimate rule of law**. Oxford University Press: Nova York, 2004. p. 15-16. No âmbito filosófico, a justificativa procedimentalista da democracia foi desenvolvida por HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Direito Brasileiro, 1997.

⁷⁵ RAWLS, John. **O Direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004 e RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Àtica, 2000. Para um panorama abrangente acerca das diversas teorias que buscam realizar esse processo de legitimação vide BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-120.

⁷⁶ Sobre o tema vide, dentro outros, DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁷⁷ Conforme leciona Roberto Rosas, o próprio Ministro Pedro Lessa, fundamental na consolidação do Supremo Tribunal Federal no princípio do século passado, reconhecia à Corte natureza política por exercer a jurisdição constitucional. Vide: “Em outros *habeas-corporis* (25-4-1914), o Supremo eximia-se do exame da constitucionalidade do sítio. Pedro Lessa, relator deste pedido, deferiu-o porque não havia razão para decretar-se o estado de sítio, e portanto, as questões não eram políticas e sim meramente jurídicas. Como acentua no precedente *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal é um tribunal político, porque tem a faculdade de declarar a inconstitucionalidade de lei. O Supremo pode ocupar-se de questões políticas, desde que pertinentes à matéria política subordinada a disposições constitucionais ou leis. Em réplica ao Ministro Amaro Cavalcanti, Lessa sustentava que a garantia à liberdade individual é o primeiro de todos os direitos, depois do direito de viver”. ROSAS, Roberto. Pedro Lessa e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, p. 153, jan./mar. 1973.

É nesse quadro que deverá ser analisada a possibilidade de modulação de efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente quando fundada em razões de excepcional interesse social. Como visto, questões políticas são inerentes ao exercício da jurisdição constitucional, ou, ao menos, ao controle de constitucionalidade.

A despeito dessa constatação, verifica-se que, embora se insira como um dado político, a expressão “excepcional interesse social” deverá abarcar aqueles interesses constitucionalmente protegidos que não puderem ser subsumíveis ao princípio da segurança jurídica, de forma a que o fundamento último da modulação resida ainda na Constituição⁷⁸. Verifica-se, portanto, que o dado político presente na modulação de efeitos, embora apreendido no seio da sociedade, será necessariamente revestido sob uma roupagem jurídica, a fim de que o intérprete constitucional possa lhe dar concretização.

No que toca à delimitação temporal em si mesma considerada, há que se ressaltar que a fiscalização abstrata pressupõe que uma lei, aprovada pela maioria legislativa e legitimada pelo processo político majoritário, seja afastada por uma decisão de um único órgão do Poder Judiciário, com efeitos *erga omnes*. Essa espécie de revogatória da lei inconstitucional constitui, por si só, uma atividade contra-majoritária, haja vista que a Constituição representa um limite para o governo do povo exercido através de seus representantes eleitos, protegendo consensos básicos da sociedade de maiorias ocasionais⁷⁹.

Vista a questão desse modo, a modulação de efeitos, como bem assinala José Carlos Vieira de Andrade, torna a ação do Tribunal Constitucional menos devastadora relativamente à lei promulgada pelo Legislativo, haja vista que, de algum modo, conserva os efeitos por ela

⁷⁸ Nesse sentido, Rui Medeiros, ao comentar o n.º 4 do artigo 282 da Constituição Portuguesa. Para o autor, “é na própria Constituição, enquanto *tête de chapitre* do ordenamento, que residem os fundamentos da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.” MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. *Op. cit.*, p. 710.

⁷⁹ Conforme Cláudio Pereira de Souza Neto, “a democracia não pode ser confundida com um ‘absolutismo da maioria’”. Na lição do autor, “diversas restrições ao princípio democrático podem ser justificadas sob o prisma democrático (...) tais restrições podem ser condensadas no princípio do estado de direito, o qual passa a ser entendido, por essa razão, não só como compatível com o princípio democrático, mas também com um de seus elementos constitutivos: o estado de direito, ao garantir a liberdade dos indivíduos e minorias contra violações de maiorias eventuais, garante também a integridade da soberania popular”. NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 48.

produzidos⁸⁰. Em outras palavras, a modulação de efeitos constitui um *minus* em relação à declaração de inconstitucionalidade.

Nessa linha, vale lembrar que, em tema de modulação de efeitos, estamos no âmbito das decisões limitativas ou restritivas. Conforme Jorge Miranda, o conteúdo das decisões do Tribunal Constitucional divide-se em: decisões interpretativas, decisões aditivas ou modificativas e decisões limitativas ou restritivas.

As decisões interpretativas seriam aquelas que fixam a interpretação de uma norma (vinculativa ou não para o restante dos tribunais), “máxime de uma interpretação conforme a Constituição que evite o juízo de inconstitucionalidade”; as limitativas seriam exatamente aquelas que limitam os efeitos da decisão de inconstitucionalidade (próprias da modulação de efeitos) ou até da própria inconstitucionalidade; e, por fim, as decisões aditivas ou modificativas, as quais seriam direcionadas, precipuamente, aos casos de inconstitucionalidade por omissão, na medida em que a norma eivada de vício “não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição”⁸¹.

Argumenta o autor que as decisões limitativas atendem exatamente ao ideal de harmonização e concordância prática, servindo de instrumento de garantia para que o Tribunal Constitucional evite que conseqüências por demais gravosas, que adviriam da declaração de inconstitucionalidade *tout court*, afetem interesses igualmente caros à Constituição⁸².

Assim é que, antes de conferir ao Supremo Tribunal Federal um poder ilegítimo, que contraria o princípio democrático e amesquinha a atividade do legislador, o artigo 27 da Lei 9.868/99 vai ao encontro dos reclamos da nova interpretação constitucional⁸³, calcada,

⁸⁰ “Parece ser, pois, no campo da fiscalização sucessiva abstrata que se opõem frontalmente a legitimidade da justiça constitucional e a legitimidade da maioria legislativa, tendo em consideração, designadamente, os poderes do Tribunal Constitucional de declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade da norma ou mesmo só de um segmento ideal dessa mesma norma. Note-se que, na realidade, os poderes do Tribunal são, neste domínio, poderes de destruição maciça, dado que os efeitos da sentença são, em regra, retroativos (e repristinatórios), com ressalva apenas dos casos julgados. Mesmo quando os efeitos da sentença do Tribunal Constitucional sejam menos devastadores, isso resulta de uma decisão do próprio Tribunal Constitucional. E a confirmação de que esse é, de facto, um poder do Tribunal concorrente do poder legislativo está em que a decisão de restringir os efeitos da sentença não se baseia necessariamente em considerações de equidade ou segurança – razões ainda típicas de uma função judicial – mas também em considerações de interesse público, isto é, em razões de carácter político”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: _____. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**: (Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993). Lisboa: Coimbra Editora, 1995. p. 79

⁸¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI. *Op. cit.*, p. 64-65; 85-86.

⁸² *Ibid.*, p. 82.

⁸³ Vide, por todos, BARROSO, Luís Roberto. O Começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

precipuamente: (i) na atribuição de caráter normativo aos princípios que, de simples normas de integração, passaram a ser considerados como “porta de entrada” para valores suprapositivos, dotados de força normativa; (ii) no reconhecimento da normatividade dos fatos, a caracterizar o processo interpretativo como um “círculo hermenêutico”⁸⁴; (iii) no desenvolvimento do método da ponderação para a solução dos denominados *hard cases*; e (iv) na valorização da argumentação jurídica⁸⁵.

Com efeito, ao modular os efeitos de suas decisões em sede de controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional não deverá se orientar apenas por razões de ordem estritamente política. Ao reverso, caberá ao julgador, cumprindo as exigências da argumentação jurídica e da concordância prática, fazer reconduzir sua decisão a preceitos jurídicos. “O papel do STF, na atualização e guarda da Constituição, coloca-se em posição excepcional, sendo que no desempenho de suas atribuições só encontra limites na própria Constituição”⁸⁶.

Como bem aponta Ingeborg Maus, “uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos”⁸⁷.

À luz do exposto, conclui-se que: (i) a presença de uma razão política, como soe ser o interesse social relevante, se mostra insuficiente para tornar a decisão do Tribunal Constitucional, que se utiliza da modulação temporal de efeitos, uma simples questão de escolha, guiada pela conjuntura política; ao reverso, ela reafirma a tese de que, a par dos dados políticos com que inevitavelmente tem de lidar o Supremo Tribunal Federal, suas decisões deverão sempre ser reconduzidas a princípios e normas albergados na Constituição, evitando-se o decisionismo e o voluntarismo; e (ii) a modulação de efeitos, ao preservar,

⁸⁴ “En el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección. Partiendo del caso se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta. A partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (el llamado “círculo interpretativo”) de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. ley, derechos, justicia**. Espanha: Editorial Trotta, 2007. p. 134. Sobre o tema vide, ainda, GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁸⁵ Por todos, ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2.ed. São Paulo: Landy, 2005.

⁸⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 768.

⁸⁷ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos**, n. 58, p. 183-202.

ainda que por um dado período de tempo, os efeitos de lei promulgada pelo Legislativo, coloca-se como um *minus* relativamente à declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, atendendo aos ideais de concordância prática e harmonização, próprios da moderna interpretação constitucional.

2 MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO

2.1 O desvalor do ato inconstitucional. Nulidade ou anulabilidade.

Como visto na parte I do nosso estudo, a teoria da nulidade passa, inegavelmente, por um processo de revisão em vários sistemas de direito comparado, inclusive na prática constitucional americana – embora a já apontada composição mais conservadora da Suprema Corte acabe por optar por uma dogmática tradicional, que pugna pela nulidade *ab initio* do ato inconstitucional.

A dificuldade em se admitir que um ato nulo, como soe ser o ato inconstitucional, ao menos para a doutrina tradicional, possa vir a produzir efeitos válidos vem gerando perplexidades e debates acalorados em outros ramos do direito.

Modernamente, mediante o uso da técnica da ponderação de bens⁸⁸, quer operada *a priori* pelo Legislador, quer *ad hoc*, realizada pelo aplicador do Direito com base na doutrina, vem se reconhecendo a produção de efeitos jurídicos por atos nulos ou até mesmo inexistentes. Se não, vejamos.

⁸⁸ Sobre o tema vide, por todos, BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. e SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Na seara do Direito Administrativo⁸⁹, veja-se o que ocorre na denominada função de fato. Nela, agente com vício de legalidade em sua investidura (em geral, pelo não preenchimento de todos os requisitos exigidos para a nomeação e posse) pratica um ato administrativo, que seria nulo, mas será considerado produtor de efeitos jurídicos válidos, desde que presentes os seguintes requisitos: a aparência de legalidade de que se reveste, manifesta nas próprias condições de exercício da função (local, aquiescência da Chefia do serviço etc.), e que o administrado ignore não se tratar de agente público regular. Tudo com base na teoria da aparência e os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança do administrado. Já assinalava Seabra Fagundes que a boa-fé do administrado e razões de utilidade pública poderiam conduzir à preservação do ato viciado⁹⁰.

Ainda em sede de Direito Administrativo, cite-se o instituto da confirmação. Por ele, a Administração Pública renuncia ao direito de anular o ato administrativo, mantendo-o como se encontra, viciado, mas reconhecendo-lhe resultado eficaz, desde que os princípios do interesse público e da segurança jurídica pesem mais a favor da confirmação do ato do que de

⁸⁹ “A ausência de leis administrativas que sistematizem casos de invalidade e seus efeitos propiciou que surgissem três diferentes posições quanto aos atos inválidos no Direito Administrativo. A) Alguns entendem que o vício acarreta sempre a nulidade do ato. É a posição de Hely Lopes Meirelles, por exemplo. B) Outros, como Tito Prates da Fonseca e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sustentam que a tradicional distinção entre atos nulos e anuláveis aplica-se ao Direito Administrativo. De acordo com este último autor, as espécies mencionadas se contrapõem em que: a) os atos nulos não são convalidáveis, ao passo que os anuláveis o são. Vale dizer: conhecido o vício, há maneiras de corrigi-lo retroativamente; b) os atos nulos, em juízo, podem ser fulminados por provocação do Ministério Público quando lhe caiba intervir no feito, ou *ex officio* pelo juiz, ao passo que os anuláveis dependem desta arguição pelos interessados para serem fulmináveis; c) os atos nulos só prescrevem *longi temporis* (20 anos), enquanto os anuláveis prescrevem *brevi temporis*. C) Seabra Fagundes defende uma divisão tricotômica: nulos, anuláveis e irregulares; ressaltando, todavia, que as duas primeiras espécies não correspondem às do Código Civil, nem quanto aos tipos de vícios nem quanto aos efeitos deles” MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 413-414. Após tecer este panorama, Bandeira de Mello esclarece a posição que defende: “Seguindo, neste lanço, ao menos em parte, o magistério de Antônio Carlos Cintra do Amaral, aderimos à sua tese de que é critério importantíssimo (para o autor tal critério é simplesmente decisivo) para distinguir os tipos de invalidade, a possibilidade ou impossibilidade de convalidar-se o vício do ato. Por isso, aliás, o autor citado prefere rejeitar a terminologia ‘atos nulos’ e ‘anuláveis’, cifrando-se às expressões atos ‘convalidáveis’ e atos ‘não-convalidáveis’. Entretanto, dado o fato de que reconhecemos a existência de atos que poderiam ser denominados de ‘inexistentes’ (para aproveitar terminologia já conhecida), entendemos que a possibilidade de convalidação aparta, de um lado, atos anuláveis (que são os suscetíveis de convalidação) e, de outro lado, os ‘inexistentes’ e nulos (que são os insuscetíveis de convalidação)” *Ibid.*, p. 417-418. Se adotarmos o critério da convalidação como discrimen entre os tipos de invalidade, em tema de jurisdição constitucional, o vício que inquina o ato inconstitucional será, forçosamente, a nulidade, pois que não é sanável, por ato ou inércia. Ao ponto retornaremos adiante.

⁹⁰ “No que respeita à validade dos atos praticados por tais pessoas, cabe distinguir segundo as circunstâncias especiais ocorrentes. Se o funcionário exerce a função em época normal, e é por todos aceito como serventuário legítimo, os seus atos podem ser tidos como válidos quando praticados de boa-fé. Razões de utilidade pública aconselham a isso”. FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 53.

sua anulação⁹¹.

Na seara conjunta do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, tem-se a já citada teoria do fato consumado. Conforme Patrícia Baptista, “fundada em razões de segurança jurídica, essa teoria conduz à preservação de atos administrativos ilegais que, com o correr do tempo, geraram situações de fato consolidadas e, muitas vezes, irreversíveis”. A autora destaca que, no caso brasileiro, a Teoria foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para admitir a consolidação de situações de fato criadas pela concessão de medidas liminares, situações estas que Administração Pública demorara a desfazer em âmbito administrativo⁹².

Colhe-se, ainda, no Direito Processual Civil, outra situação em que o ato nulo produz alguns efeitos próprios do válido. É o que se dá com a citação determinada por juiz incompetente, a qual é apta a interromper a prescrição e a constituir em mora o devedor. Trata-se de efeitos substanciais da citação, ocorrentes, portanto, quer seja ela válida ou não, como preceitua o artigo 219 do Código de Processo Civil, que têm em vista evitar o perecimento de direito.

Igualmente, no plano do Direito Privado, há situação em que um ato absolutamente nulo ou mesmo inexistente é capaz de produzir efeitos jurídicos. No âmbito do Direito de Família, merece destaque o casamento putativo. Por este, entende-se que o matrimônio celebrado com violação de normas legais, nada obstante a invalidade, produzirá efeitos de casamento válido sempre em favor dos filhos e quanto ao cônjuge de boa-fé, ou seja, o que

⁹¹ Sobre o instituto da confirmação Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que: “No direito administrativo, já vimos que a Administração não pode ficar sujeita à vontade do particular para decretar ou não a nulidade. Mas a própria administração pode deixar de fazê-lo por razões de interesse público quando a anulação possa causar prejuízo maior do que a manutenção do ato (v. 7.11.2.2). A confirmação difere da convalidação, porque ela não corrige o vício do ato; ela o mantém tal como foi praticado. Somente é possível quando não causar prejuízo a terceiros, uma vez que estes, desde que prejudicados pela decisão, poderão impugná-la pela via administrativa ou judicial” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 255.

⁹² Ainda conforme a autora, não se poderia considerar consolidada uma situação de fato com base em decisão proferida em sede de cognição sumária, com soem ser as liminares. Tal prática poderia servir de estímulo para o ajuizamento de demandas “espúrias”, mas cujos autores tenham a expectativa de consolidação, face ao deferimento de liminares em caráter de urgência. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação do direito administrativo brasileiro**. 2006. Trabalho de Conclusão de curso (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 260-265.

ignorou a existência do vício ou impedimento matrimonial⁹³.

Outras situações poderiam ser invocadas, como, por exemplo, a prevista no artigo 59 da Lei 8.666/93, que reconhece efeito patrimonial válido ao contratado que não tenha concorrido para o vício de nulidade do contrato administrativo cujo objeto tenha sido, ao menos em parte, por ele executado, ou seja, que tenha agido de boa-fé. Assim, sem embargo da declaração de nulidade do contrato administrativo – que, aliás, pode ter decorrido de contaminação pela invalidade do antecedente, no caso, o procedimento licitatório – este contrato terá produzido ao menos um efeito, de caráter patrimonial, em benefício do administrado.

Em todos esses casos, observa-se uma verdadeira ponderação realizada pelo Legislador que, em detrimento da regra lógica e doutrinária de que ato nulo não produz efeito algum, concluiu por prestigiar os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, não apenas em relação aos envolvidos, como para toda a sociedade.

Demonstra-se, assim, que a nulidade do antecedente com validade, ainda que em parte, do conseqüente (ou seja, dos efeitos produzidos) não é inédita no ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, não ofende a lógica que preside o Direito, quanto mais quando se recorda que a interpretação e a aplicação das normas jurídicas são informadas não pela lógica formal clássica, mas pela lógica do razoável (Recasens Siches)⁹⁴.

⁹³ É dizer: de um ato inteiramente nulo ou inexistente advirão conseqüências válidas seriíssimas, a saber: a) o cônjuge legalmente emancipado pelo casamento assim continuará; b) haverá comunicação de bens, segundo o regime aplicável, com partilha em favor do cônjuge de boa-fé; e c) os filhos receberão tratamento jurídico regular, como ocorre com filhos de casamento válido. Veja-se a lição de Caio Mário da Silva Pereira: “A teoria das nulidades oferece, como já visto, peculiaridades marcantes em matéria de casamento. Ponto em que se destaca esta observação é este, do casamento putativo, que é o eivado de vício que o inquina de nulidade, mas que produz os efeitos de válido, em atenção à boa-fé de ambos ou de um dos contraentes. O princípio clássico é, então, este: nulo ou anulável, produz todavia os efeitos civis, em relação aos cônjuges e aos filhos, se contraído de boa-fé. Seus efeitos não beneficiam o contraente de má-fé. Mas não importa indagar se a boa-fé resulta de um erro de fato ou de direito. (...) A boa-fé conceitual do matrimônio putativo é a ignorância da causa de sua nulidade. Admite-se, mesmo, que a boa-fé se presuma até prova em contrário, o que alarga o campo do casamento putativo”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.5. p. 95-99.

⁹⁴ “Enquanto o pensamento racional puro da lógica formal tem a natureza meramente explicativa de conexões entre idéias, entre causas e efeitos, a lógica do razoável tem por objeto problemas humanos, de natureza jurídica e política, e deve, por isso, compreender ou entender sentidos e conexões de significados, operando com valores e estabelecendo finalidades e propósitos. O aplicador do direito, para fazer uso da lógica do razoável, deve investigar algumas relações de congruência. Especificamente, ele deve se indagar: quais são os valores apropriados à disciplina de determinada realidade (congruência entre realidade social e os valores)? Quais são os fins compatíveis com os valores prestigiados (congruência entre valores e fins)? Quais são os propósitos concretamente factíveis (congruência entre os fins e a realidade social)? Quais são os meios convenientes, eticamente admissíveis e eficazes, para a realização dos fins (congruência entre meios e fins)? Com a resposta a essas indagações, o aplicador do direito irá encontrar uma solução para o caso concreto, sustentada por um raciocínio não formal, porém razoável (...) Em resumo, para a aplicação do direito, se a decisão mais razoável não é a decorrente da lógica formal, esta não deve prevalecer. Na lógica do razoável, o pensamento não se guia pelos princípios da lógica clássica, mas por outros, centrados na investigação da congruência entre a realidade, os valores, os meios e os fins da norma jurídica”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 84-85.

Em todas as hipóteses acima ventiladas, evidencia-se a presença de uma tensão subjacente entre princípios e valores que buscam ser efetivados. Dita efetivação será a resultante do processo de ponderação, que, como sublinhado, ou é levado a efeito pelo próprio Legislador ou realizado *ad hoc* pelo julgador, à vista do caso concreto.

No balanceamento *ad hoc*, ao julgador caberá a formulação de uma norma de decisão que, considerando as circunstâncias em presença, proceda ao sopesamento dos princípios em conflito, sempre com a finalidade de máxima efetividade do texto constitucional.

Identificada a tensão entre princípios constitucionais, se deve então atribuir pesos a eles e, sempre sob o jogo das circunstâncias concretas, extrair a regra de prevalência parcial de um dos princípios sobre o outro (tanto quanto possível sem o sacrifício total de um deles), a qual deverá ao final ser justificada à luz de idéias de justiça, isonomia e segurança, sob pena de não passar no teste final da proporcionalidade⁹⁵. O tema será melhor desenvolvido no item II.2.

Em vista do exposto, podemos concluir, no que concerne à modulação de efeitos, que a possibilidade de se conferir efeitos à norma declarada inconstitucional não representa, forçosamente, a afirmação de anulabilidade da lei inconstitucional, especialmente se considerarmos que os planos da existência, validade e eficácia são distintos. Por tal motivo, não é possível que a natureza jurídica de um ato seja dada pelos efeitos que produz⁹⁶. Ora, a modulação pressupõe a declaração de inconstitucionalidade, não sendo possível que o eventual reconhecimento de efeitos à lei declarada inconstitucional, realizado *a posteriori*, transmude a natureza do ato inconstitucional.

Posição interessante é a defendida por Jorge Miranda. Conforme o autor,

De mais difícil explicação se antolha o poder de fixação dos efeitos da inconstitucionalidade. Mas, como nota Miguel Galvão Teles, se o acto nulo *em princípio* não é apto a produzir efeitos conformes com o seu conteúdo, excepcionalmente, em particular por razões de

⁹⁵“A ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens. (...) É indispensável a *justificação e motivação* da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça, da segurança jurídica. (...) O apelo à metódica da ponderação é, afinal, uma exigência de solução justa de conflitos entre princípios” CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. *Op. cit.*, p. 1164-1165.

⁹⁶ Nesse ponto, parece-nos pertinente citar a obra de Antônio Junqueira de Azevedo. Embora o autor esteja a tratar de negócio jurídico, a citação é proveitosa por distinguir os planos da existência, validade e eficácia. No que toca ao plano da eficácia, assim dispõe: “O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia (...) antes de tratarmos da situação normal, que é a da eficácia dos atos válidos, lembramos duas situações excepcionais: a eficácia do nulo e a ineficácia do válido. Ambas são, a nosso ver, provas cabais de que não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz; não só há o ato válido ineficaz como, também, o nulo eficaz”. AZEVEDO. Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

protecção da confiança e da boa fé, pode produzi-los. De *putatividade* parece ser a situação, pois a emissão de uma lei, ainda que inconstitucional, pode determinar expectativas razoáveis e, na base delas, comportamentos⁹⁷.

Conclui o constitucionalista que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma e simultaneamente limitar seus efeitos, o Tribunal Constitucional profere uma decisão de dupla natureza: declarativa da nulidade da norma e constitutiva da convalidação de efeitos putativos em efeitos jurídicos. Assim, haveria apenas uma atenuação do valor jurídico negativo do ato inconstitucional, mas não uma alteração qualitativa⁹⁸.

Embora engenhosa a solução adotada pelo autor, especialmente por defender que a modulação temporal dos efeitos não promove uma alteração qualitativa do vício (de nulidade para anulabilidade) não nos parece ser ela a mais adequada. Primeiramente, não há que se falar propriamente de putatividade na hipótese de particular afetado por lei inconstitucional. A putatividade decorre, via de regra, da boa-fé das partes, que ignoram o vício que eiva de nulidade um determinado ato.

Ocorre que, em se tratando inconstitucionalidade, o tema não pode ser tratado apenas em função da ignorância do vício que nulifica a lei. Isso porque o ato emanado do Poder Legislativo goza de presunção de constitucionalidade e imperatividade. O particular que cumpre lei inconstitucional, portanto, não o faz necessariamente porque ignora o vício (situação que pode ou não ocorrer), mas porque a lei é para ele obrigatória até o pronunciamento do Poder Judiciário⁹⁹.

De resto, a práxis jurisprudencial, inclusive do Pretório Excelso, como visto, permite antever que a boa-fé não é, em sede de controle de constitucionalidade, um elemento indispensável à equação que permite o manejo da técnica de decisão de caráter restritivo. Não raro, é uma situação puramente objetiva a que recomenda reconhecer a produção de efeitos válidos pelo ato que padece de desvalor constitucional, sob o influxo dos primados da segurança jurídica e do interesse público, em linha de conta as circunstâncias e conseqüências envolvidas.

⁹⁷ **Manual de direito constitucional:** inconstitucionalidade e garantia da constituição. Tomo VI. *Op. cit.*, p. 103.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ De acordo com o próprio Jorge Miranda, uma das características do regime da nulidade (atípica ou *sui generis*) decorrente da inconstitucionalidade - material, orgânica e formal - consiste na "obrigatoriedade (...) das normas inconstitucionais para os cidadãos até decisão judicial em contrário, salvo nas duas hipóteses aludidas de direito de resistência (artigos 21º e 106º, nº 3 da CRP)". MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 372.

Isto afora, a decisão do Tribunal Constitucional que realiza a modulação temporal não constitui os efeitos produzidos pela lei inconstitucional; ela apenas os reconhece como válidos em função da presença de razões de excepcional interesse social e segurança jurídica. Dessa forma, ainda em sede de modulação, a decisão parece-nos declaratória e não constitutiva, haja vista que os efeitos já foram produzidos. É dizer, ao reconhecer o vício da inconstitucionalidade e modular os efeitos, o Tribunal profere decisão duplamente declaratória.

Igualmente equivocado seria considerar que o Tribunal Constitucional empresta eficácia ao ato inconstitucional, em atitude exógena, de fora para dentro. Em verdade, o ato normativo impugnado, enquanto potência amparada pela presunção de constitucionalidade, tem, com a decisão modulatória, apenas confirmada a produção de efeitos que lhe são inerentes. Efeitos estes que se produzem porque, nada obstante o vício de desconformidade constitucional, a própria Constituição – na interpretação dada por seu mais autorizado intérprete – assim os quer, por força da principiologia constitucional albergada que, à luz dos fatores e circunstâncias em jogo, aponta o estado de coisas que deseja. Trata-se, pois, da solução jurídica que melhor concretiza os princípios da supremacia e da eficácia normativa da Constituição.

Ademais, permanecem as notas características da nulidade da norma inconstitucional¹⁰⁰, ou seja: (i) a inconstitucionalidade opera *ipso jure*, sendo reconhecida por decisão meramente declaratória do Tribunal Constitucional; (ii) pode ser invocada a qualquer

¹⁰⁰ “A qualificação do valor negativo ou desvalor-tipo correspondente à inconstitucionalidade como nulidade é largamente dominante na doutrina (com relevo para Jorge Miranda, Gomes Canotilho e, mais recentemente, Rui Medeiros) e na jurisprudência. Temos defendido que a qualificação adequada é a de nulidade atípica, atendendo à prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da certeza jurídica. Só esta qualificação vale, do mesmo modo, para inconstitucionalidade verificada em fiscalização sucessiva concreta, na qual não há acto jurisdicional constitutivo anulatório concebível. A alternativa seria, em tal sede, reconduzir o desvalor da norma a mera ineficácia, o que é lógica e axiologicamente inaceitável” SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da república portuguesa comentada**. Lisboa: Lex, 2000. p. 426.

tempo; e (iii) é insusceptível de sanção ou convalidação¹⁰¹⁻¹⁰². Em visto do exposto, não se nos afigura necessário recorrer à tese de constituição de efeitos pelo Tribunal ou de anulabilidade do ato inconstitucional.

A propósito, se invocarmos a teoria geral do direito, relembremos que a nulidade é vício a decorrer de contraste do ato ou negócio jurídico com norma jurídica informada pelo interesse público, enquanto a anulabilidade se caracteriza pela violação de regra em que prevalece um interesse particular, das partes envolvidas¹⁰³. A toda evidência, se adotados tais conceitos, o desvalor do ato inconstitucional jamais poderia se identificar com a anulabilidade, incompatível com matéria de caráter constitucional.

Em decorrência, no momento em que o Tribunal Constitucional considera determinada norma inconstitucional, sua nulidade decorre da incompatibilidade formal ou material com o texto fundamental. Assim, a afirmação de que a supremacia da Constituição acarreta a invalidade do ato com ela incompatível permanece hígida. O que deverá ser considerado é que haverá determinadas hipóteses em que a garantia dessa supremacia irá pressupor que um ato inconstitucional e, como tal, nulo, ainda assim produza efeitos válidos.

Também nesta seara impõe-se a utilização de um processo ponderativo. De um lado estaria a norma constitucional violada; de outro os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, bem como a supremacia do interesse público. Todos com sede

¹⁰¹ “Ora, são conhecidas as características fundamentais do regime de nulidade (atípica) que corresponde à invalidade do acto (legislativo) inconstitucional, uma das quais - a “insanabilidade” -, significa que a paralisa dos efeitos prototípicos do acto nulo não é sanável pelo decurso do tempo, nem pela prática de um acto do poder político do Estado destinado a convalidar o acto nulo” SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1988. p. 309. No sentido do texto, veja-se a posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de uma série de recursos extraordinários em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS. O artigo art. 3º, § 1º, do citado diploma, definiu o conceito de faturamento em contrariedade com o que dispunha a redação original do artigo 195, I, “b”, da Constituição. O Tribunal, por unanimidade, conheceu dos recursos e, por maioria, deu-lhes provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 3º, da Lei 9.718/98. Conforme noticiado no Informativo 408, “entendeu-se que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF”. Para o Tribunal, o fato de a Emenda 20/98 haver alterado a redação do artigo 195, I, “b”, da CF, tornando-o compatível com o disposto no art. 3º, do § 1º da Lei 9.718/97, não implicaria em convalidação nem recepção deste, “já que eivado de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição”. Afastou-se, inclusive, “o argumento de que a publicação da EC 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei 9.718/97 — o qual se deu em 1º.2.99 em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) —, poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 dias antes da EC 20/98”. Informativo 408. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2008.

¹⁰² Vale destacar que a sanção de projeto de lei inconstitucional também não tem o condão de convalidar o ato eivado de nulidade, desde o abandono, pelo Pretório Excelso, atendendo a fortes críticas doutrinárias, do Enunciado 5 da Súmula de sua Jurisprudência Predominante, assim redigido: “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo”.

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, v. I, p. 170.

constitucional. Ora, uma regra de prevalência que acarretasse a nulidade *tout court* da norma declarada inconstitucional e de seus consectários, em alguns casos, eliminaria, *in concreto*, os princípios mencionados¹⁰⁴.

Em vista do exposto, pode-se concluir que é possível conciliar a teoria da nulidade da norma, mediante um processo ponderativo que preserve o desvalor da norma inconstitucional, ao mesmo tempo em que garanta valores como segurança jurídica, interesse público e boa-fé – embora, como visto, a presença desta última não seja fator determinante para modulação. Ao cabo, prevalecerá, sempre, o princípio da supremacia da Constituição.

2.2 Ponderação de bens e proporcionalidade: princípios instrumentais na modulação de efeitos

O objetivo precípuo, neste capítulo, consiste em trabalhar os aspectos gerais da proporcionalidade e da ponderação de bens como princípios instrumentais que irão guiar o Tribunal Constitucional na modulação temporal de efeitos. A primeira questão a ser analisada refere-se, exatamente, à necessidade do uso da ponderação para os fins propostos. Em seguida, deve-se delimitar qual o objeto da ponderação no manejo da técnica.

Primeiramente, a despeito das diversas críticas direcionadas ao processo ponderativo¹⁰⁵, parece-nos inegável a existência de determinados conflitos entre bens jurídicos que não podem ser resolvidos através dos critérios clássicos de solução de antinomia

¹⁰⁴ No sentido esposado no texto, confira-se a posição de Gilmar Mendes, para quem “não se deve supor que a declaração de nulidade afete, entre nós, todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional”. Conforme voto proferido no julgamento da Questão de Ordem em Medida Cautelar na Ação Cautelar n.º 189-7/ SP. Ministro (a) Rel.: Gilmar Mendes. Julgamento: 09.06.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. No artigo, o autor analisa as principais críticas à ponderação, a partir da visão de Jürgen Habermas. A primeira crítica de Habermas é no sentido de que a ponderação priva os direitos fundamentais de seu poder normativo. Por meio da ponderação, os direitos seriam reduzidos ao nível de objetivos, políticas e valores, perdendo, assim, sua “estrita prioridade” que é característica de pontos de vista estritamente normativos. Por essa razão, o “*firewall*” (*muralha de fogo*) erguido em torno dos direitos fundamentais entraria em colapso. Isso porque, nos casos de colisão, quaisquer razões podem assumir o caráter de argumentos políticos. Esse risco viria acompanhado do risco de decisões irracionais, na medida em que não existem padrões racionais para orientar o raciocínio ponderativo. A segunda crítica refere-se a um problema conceitual. Habermas sustenta que a ponderação retira as decisões judiciais do campo de conceitos definidos como certo e errado, correto e incorreto, próprio da justificação racional, para situá-las no campo de conceitos definidos como adequado e inadequado, própria da justificação discricionária. Dessa forma, para o autor, a ponderação de valores mostra-se capaz de produzir um resultado, mas é incapaz de justificá-lo racionalmente.

sistematizados por Norberto Bobbio¹⁰⁶. Trata-se, portanto, de um instrumental a serviço do intérprete que não deve ser dispensado.

Com efeito, a superação dos critérios cunhados por Bobbio decorre da mudança de compreensão do ordenamento jurídico sob o pálio do positivismo normativista¹⁰⁷, em que princípios e valores eram tratados como meras normas de integração a serem utilizadas para o suprimento de lacunas – nesse sentido, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

O pós-positivismo, ao buscar a reaproximação entre Direito e Ética (a denominada virada kantiana), promoveu a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico e o reconhecimento de normatividade aos princípios. A atribuição de caráter normativo aos princípios e, como consequência, a admissão da possibilidade de conflitos entre os mesmos, fez surgir a necessidade de um novo método de aplicação, dada a dimensão de peso própria dessa espécie normativa¹⁰⁸.

A ponderação de bens surgiu atrelada à idéia de proporcionalidade, a qual passou a atuar como uma espécie de princípio legitimador e racionalizante das decisões judiciais que necessitavam socorrer-se do processo ponderativo. Difundida pelo Direito Administrativo europeu, a transposição da proporcionalidade para o Direito Constitucional operou-se precipuamente por obra da construção jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã. No direito alemão, a noção de proporcionalidade é extraída da cláusula do Estado de Direito e do próprio conceito de direitos fundamentais. Esses direitos, como expressão do direito geral do cidadão à liberdade frente ao Estado, somente poderiam sofrer limitações pelo Poder Público quando indispensáveis. Nesse contexto, relacionava-se às restrições ao poder de polícia do

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 91-97. O próprio Bobbio destaca a insuficiência dos critérios apontados, a qual pode se dar em virtude da sua inaplicabilidade (caso dos conflitos entre normas contemporâneas, do mesmo nível ou dotadas do mesmo grau de generalidade); ou devido aos conflitos entre critérios, as denominadas antinomias de segundo grau. *Ibid*, p. 97-110.

¹⁰⁷ Essa leitura positivista do Direito passou a ser duramente combatida com o fim da Segunda Guerra Mundial e a derrocada do fascismo e do nazismo, na Itália e na Alemanha. No clássico de Gustav Radbruch, *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*, tributa-se à concepção positivista a ausência de “defesa do povo e dos juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas”, tornando equivalentes Direito e força e “levando a crer que só onde estiver a segunda estará também a primeira”. RADBRUCH, Gustav. *Cinco minutos de filosofia do direito*. In: _____. **Filosofia do direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. p. 1.

¹⁰⁸ Sobre a distinção entre princípios e regra vide DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1999. p. 24-26. Relativamente à conceituação de princípios como mandamentos de otimização vide ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86.

Estado em face das liberdades individuais dos cidadãos¹⁰⁹.

Foi no direito germânico, portanto, que se deu a decomposição do princípio nas suas três conhecidas vertentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), criando-se uma pauta estruturada para aferição da legitimidade das restrições aos direitos fundamentais¹¹⁰.

Vale destacar que a doutrina brasileira apresenta uma tendência a tratar o princípio da razoabilidade – originado no direito norte americano como uma derivação da cláusula do devido processo legal substantivo e concebida como um instrumento de aferição da constitucionalidade das leis –, e a proporcionalidade como sinônimos. Aparentemente, essa visão tem sido adotada pelo nosso Tribunal Constitucional. Há, no entanto, diversas vozes dissonantes que, inclusive, entendem que a proporcionalidade possui estrutura de regra e não de princípio¹¹¹.

Em Portugal, o termo proporcionalidade também é associado, via de regra, à correção material das leis restritivas de direitos, confundindo-se com o princípio da proibição de excesso. No sentido apontado, possui previsão expressa, conforme artigo 18, § 2º, da Constituição Portuguesa, segundo o qual “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente

¹⁰⁹ Sobre o tema da proporcionalidade, confira-se BEATTY, David M. **The ultimate rule of the law**. *Op. cit.*, p. 161-188. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. *Op. cit.*, p. 209-234. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**, 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 94-117. SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na constituição federal**. *Op. cit.*, p.77-96. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, *Op. cit.*, p. 266-274.

¹¹⁰ Conforme PEREIRA, Jane Reis. **Direitos fundamentais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 277-324. A Autora aponta ainda que, na França, o termo proporcionalidade é utilizado pelo Conselho Constitucional Francês para a realização de um controle dito bicéfalo, ou seja, a atuação do Conselho cinge-se à aferição da adequação entre meios e fins e à relação custo/benefício das medidas restritivas. A necessidade das restrições, segundo o Conselho, é tarefa que cabe exclusivamente ao Legislador.

¹¹¹ Veja-se, por todos, Vírgílio Afonso da Silva, para quem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade diferem não só em relação à origem, mas também quanto à estrutura: “A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu do desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade (...) O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico e não sistemático.” SILVA, Vírgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, Ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 23-50.

protegidos”¹¹².

No controle de constitucionalidade das leis, a proporcionalidade, na vertente da proibição de excesso, seria utilizada exatamente para aferição de excesso do poder legislativo, que se revelaria mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins, tal como definidos na Constituição¹¹³. Isso não quer significar sindicabilidade dos motivos do ato legislativo, mas apenas sua relação de congruência com a pauta constitucional¹¹⁴. Assim é que, da mesma forma que na Alemanha, a proibição de excesso constitui um limite para as restrições aos direitos fundamentais pelo legislador ordinário.

Trazida para o tema da modulação temporal de efeitos, interessa, tão-só, a análise da proporcionalidade como um instrumental a serviço do Supremo Tribunal Federal na ponderação a ser realizada entre o interesse protegido pela norma constitucional que aponta para necessidade de produção de efeitos da lei violadora da Constituição e o interesse na reafirmação da ordem jurídica, que a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade potencializa¹¹⁵.

Veja-se que, ao cogitar do emprego da modulação, o Supremo haverá de estar, necessariamente, diante de um conflito entre normas constitucionais, derivando daí a

¹¹² “O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com esse sentido que a teoria do estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (cfr. arts. 18.º/2, 19.º/4, 265.º e 266.º).” CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, *Op. cit.*, p. 266-267.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 47.

¹¹⁴ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 121-124. “A validade ou eficácia de uma lei, em face da Constituição, não depende, nem pode depender, de modo algum, dos motivos ou considerações que levaram a legislatura a elaborá-la”.

¹¹⁵ Conforme acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 308/93, *verbis*: “(...) A limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral constitui um meio de atenuar os riscos de incerteza e de insegurança advenientes dessa declaração. É que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma com força obrigatória geral, o Tribunal Constitucional contribui para o reequilíbrio da ordem jurídica, mas, simultânea e quase paradoxalmente, cria um factor de incerteza e de insegurança (cf. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 206/87, *D.R.*, 1ª série, de 10 de Julho de 1987, e Jorge Miranda, *Ibid.*, p. 504). Assim, ao limitar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional deve fazer um **juízo** de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica - que a eficácia *ex tunc* da declaração plenamente potencia - com o interesse na eliminação do factor de incerteza e de insegurança - que a retroactividade, em princípio, acarreta. Nesta ponderação, o Tribunal Constitucional deve atender às exigências da segurança jurídica (entendida em sentido estrito), da equidade (como solução justa a aplicar aos efeitos concretamente já produzidos pela norma declarada inconstitucional) e do interesse público (de excepcional relevo), cumprindo o mandamento do n.º 4 do artigo 282.º da Constituição”. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930308.html>>. Acesso em: 07 nov. 2008.

necessidade da utilização da técnica da ponderação de bens, informada pelo princípio da proporcionalidade. Isso porque o Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de dado diploma legislativo, decretando que sua decisão só produzirá efeitos a partir de um momento por ele fixado, se não encontrar um fundamento constitucional que justifique a produção de efeitos pela lei eivada de vício de inconstitucionalidade. Caso contrário, estará a afirmar a supremacia da lei sobre a Constituição.

Cumprido, portanto, fixar o objeto da ponderação a ser realizada pelo nosso Tribunal Constitucional ao modular os efeitos temporais de sua decisão. Em vista do exposto, observa-se que, de um lado, estarão os interesses resguardados pela norma constitucional violada e, de outro, aqueles princípios e regras constitucionais que apontam para necessidade de produção de efeitos da lei inconstitucional – tais como o princípio da segurança jurídica e aqueles que puderem ser reconduzidos ao conceito de interesse social relevante.

A discussão ganha relevo, na medida em que pode haver casos em que a lei seja tida por inconstitucional por violar direito fundamental. Observe-se que, em tal hipótese, uma vez realizada a modulação, o Tribunal Constitucional irá assentir que uma lei violadora de um direito fundamental efetivamente produza efeitos por um dado período.

No que toca à possibilidade de restrições a direitos fundamentais, cabe aqui uma pequena digressão acerca das principais teorias que tratam do tema. A primeira delas é a chamada Teoria Interna, defendida principalmente por Peter Häberle. Para essa teoria, os direitos fundamentais cuja restrição não é expressamente autorizada pela Constituição não podem ser objeto de autênticas limitações legislativas, mas apenas de delimitações, as quais devem cingir-se a desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto. Inadmitte, portanto, a existência de limites externos – haveria apenas um conteúdo constitucionalmente protegido, de modo definitivo e previamente estatuído, não havendo que distinguir a esfera de proteção inicial da sua esfera final. No plano da interpretação judicial, refuta a existência de conflitos entre os direitos e, conseqüentemente, a ponderação de bens.

A Teoria Externa, por sua vez, adota a tese de que é possível a imposição de limites externos aos direitos fundamentais. Para essa teoria, capitaneada por Robert Alexy, o processo interpretativo desenvolve-se em duas etapas: identificação do conteúdo do direito (esfera de proteção constitucional *prima facie*) e definição de seus limites externos (esfera de proteção definitiva), decorrentes da necessidade de conciliá-lo com outros bens e direitos constitucionalmente protegidos. Admite, portanto, a existência de conflitos entre bens e direitos constitucionais, os quais deverão ser resolvidos mediante um processo ponderativo, guiado pelo princípio da proporcionalidade e tendo como foco a preservação do núcleo

essencial dos direitos contrapostos¹¹⁶.

Ainda conforme lição de Robert Alexy¹¹⁷, a ponderação constitui, para o direito alemão, uma parte daquilo que é requerido pelo princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios, os quais expressam a idéia de otimização. Destarte, a ponderação corresponderá exatamente à aplicação do terceiro subprincípio, que se traduz na proporcionalidade em sentido estrito a ser desenvolvida em três etapas: a identificação da intensidade da restrição ao direito fundamental; a importância de realização do princípio antagônico ao direito restringido e; se a importância da realização do fim justifica a restrição ao direito fundamental, comparando-se, assim, os efeitos negativos e positivos deflagrados pela medida.

Pois bem. Adotando-se a Teoria Externa, exposta sucintamente acima, ao assentir que uma lei violadora de um direito fundamental produza efeitos válidos, o Tribunal Constitucional irá promover uma restrição a esse direito através da atuação judicial, pela via do processo ponderativo. Até aí, não se vislumbra qualquer óbice jurídico, haja vista que: (i) os direitos fundamentais não são absolutos; e (ii) é possível a restrição a direitos fundamentais não apenas pelo legislador ordinário, mas pela Administração e pelo Judiciário¹¹⁸ – desde que, como visto, se faça a opção pela Teoria Externa.

Com efeito, caberá ao Tribunal Constitucional desincumbir-se do ônus argumentativo de demonstrar, calcado em razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, que há fundamento constitucional suficiente para justificar a restrição operada no direito fundamental

¹¹⁶ “A Teoria Externa preceitua que: i) os direitos fundamentais são princípios, veiculando comandos *prima facie*; ii) os direitos fundamentais são restringíveis; iii) as restrições são motivadas pela existência de conflito entre estes direitos e outros bens e direitos constitucionais; iv) a legitimidade constitucional da restrição é de ser examinada mediante um juízo de ponderação, que irá sopesar os direitos e bens em conflito, através da aplicação do princípio da proporcionalidade”. PEREIRA, Jane Reis. **Direitos Fundamentais e interpretação constitucional**. *Op. cit.*, p. 131-214.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. *Op. cit.*, p. 268-286.

BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

LOBO TORRES, Ricardo. **O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. No prelo.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Portugal: Coimbra Editora, 2003.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. *Op. cit.*, p. 105-116.

¹¹⁸ Na lição de Jorge Reis Novais, entende-se por restrição “a ação ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem por ele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que das necessidades da sua garantia e promoção resultam para o Estado. Logo, integramos no conceito quaisquer comportamentos estatais independentemente de qual seja o ramo do poder de onde provenham – seja do legislador, da Administração ou do poder judicial – ou a fase em que ocorram (...). NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. *Op. cit.*, p. 157.

por ocasião da modulação de efeitos.

No mais, importa registrar, na esteira dos ensinamentos de Ana Paula de Barcellos, que, no processo ponderativo, deverá ser dada preferência às normas que diretamente promovem a dignidade da pessoa humana e as derivações desse princípio consubstanciada em direitos fundamentais. Para autora, esse tratamento preferencial encontra-se plenamente justificado pelo nosso sistema constitucional, visto que

é absolutamente tranquilo na doutrina e na jurisprudência que a Constituição fez uma opção material clara pela centralidade da dignidade humana e, como consequência direta, dos direitos fundamentais. Essa conclusão decorre de forma muito evidente da leitura do preâmbulo, dos primeiros artigos da Carta e do *status* de cláusula pétrea conferido a tais direitos¹¹⁹.

Por derradeiro, deve-se assinalar a observação de Rui Medeiros, ressaltando que, em âmbito de modulação de efeitos, o princípio da proporcionalidade não poderá ficar restrito à aferição da legitimidade das restrições a direitos fundamentais, possuindo um escopo mais amplo, que vincula a jurisdição constitucional sempre que houver conflito entre quaisquer bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Segundo o autor, “trata-se, pois, de pesar a desvantagem do meio (sacrifício do princípio da constitucionalidade em sentido estrito) em relação à vantagem do fim (salvaguarda da segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo)”¹²⁰.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito terá, nesse caso, o relevante papel de auxiliar o intérprete a verificar se as consequências da declaração de inconstitucionalidade são por demais excessivas, à vista dos interesses em conflito, que podem ou não englobar direitos fundamentais.

À luz do exposto, deve-se então buscar quais interesses jurídicos justificam o emprego da modulação temporal de efeitos, tendo em vista que o próprio artigo 27 de Lei 9.868/99 estabelece, de forma expressa, o requisito do interesse social relevante como um dos fundamentos para utilização da técnica pelo Supremo Tribunal Federal. A densificação desse conceito mostra-se essencial para que a decisão do Tribunal possa ser reconduzida a princípios e regras previstos no ordenamento, garantindo sua legitimidade. É de fundamental importância, ainda, para a aferição da proporcionalidade de eventuais sacrifícios dos

¹¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. *Op. cit.*, p. 252.

¹²⁰ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. *Op. cit.*, p. 703.

interesses a serem afetados por uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa. É o que se analisa a seguir.

2.3 Os requisitos exigidos pelo artigo 27 da Lei 9.868/99

O artigo 27 da referida lei traz requisitos meramente formais e requisitos que iremos denominar substanciais. Claramente, um dos requisitos formais previsto pela lei consiste na exigência do quorum de dois terços para que o Supremo Tribunal Federal proceda à modulação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

A leitura do dispositivo faz pressupor ainda um outro requisito formal, qual seja, a declaração prévia de inconstitucionalidade da norma para que o Tribunal possa proceder à modulação de seus efeitos. A razão de ser do dispositivo, inicialmente considerada, mostra-se bastante óbvia: enquanto a lei não for declarada inconstitucional, ela se faz válida e obrigatória para todos. Esse consiste, inclusive, em um dos fundamentos para a mitigação dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, pois aqueles que atuam sob a égide de lei inconstitucional, de ordinário, o fazem na consideração de que os atos emanados do Poder Público são hígidos por força da presunção de constitucionalidade e legalidade.

A exigência de prévia declaração de inconstitucionalidade visa, ainda, ao importante propósito de evitar que o Tribunal Constitucional faça depender o juízo de inconstitucionalidade da norma da verificação da sua utilidade, em função dos efeitos que irá produzir¹²¹.

A observação, no entanto, deve ser contextualizada no caso brasileiro, haja vista que: (i) a ação declaratória de inconstitucionalidade possui caráter dúplice, a teor do artigo 24 da lei 9.868/99¹²²; e (ii) contrariamente ao direito português, o ordenamento jurídico brasileiro

¹²¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI. *Op. cit.*, p. 289. O comentário do autor foi realizado a propósito de uma crítica à jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, que vinha fazendo uma “aplicação excessiva ou generosa” do art. 282, n.º 4, da Constituição Portuguesa, conforme os efeitos que eventual declaração de inconstitucionalidade pudesse produzir.

¹²² “Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

admite a ação declaratória de constitucionalidade, conforme artigo 103 da Constituição Federal, que também possui caráter dúplice¹²³.

Na esteira de tais considerações, pode-se afirmar, de plano, que ao julgar improcedente uma determinada ação declaratória de constitucionalidade, poderá o Supremo Tribunal Federal proceder à modulação de efeitos de sua decisão, visto que, em última instância, estará declarando a inconstitucionalidade de um dado diploma. A decisão, nesse caso, também terá eficácia contra todos e efeitos vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme dispõe o artigo 103, parágrafo terceiro da Constituição Federal.

A questão mais interessante relativamente ao tema, no entanto, revela-se nas situações em que o Supremo Tribunal Federal julga procedente a ação declaratória de constitucionalidade ou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade¹²⁴. Em ambos os casos, ocorrerá a afirmação da constitucionalidade do ato impugnado.

Em princípio, em tais hipóteses, não seria possível falar-se em modulação de efeitos, exatamente em função da ausência do requisito formal prévio da declaração de inconstitucionalidade. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão de improcedência em ação direta de inconstitucionalidade em que, de forma velada, procedeu à modulação de efeitos.

Trata-se da decisão proferida na ADI 3.756, julgando improcedente pedido de declaração de inconstitucionalidade do inciso II, § 3º, do art. 1º e dos incisos II e III, do art. 20 da Lei Complementar 101/2000, que estende ao Distrito Federal a fórmula estabelecida para a repartição dos limites globais de despesas com pessoal imposta aos Estados. Os dispositivos,

¹²³ “Aceita a idéia de que a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade seria dotada de efeitos ou conseqüências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. Argumenta-se que, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, estabeleceu o constituinte que a decisão definitiva de mérito nela proferida — incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada — ‘produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo’ (Art. 102, § 2º da Constituição Federal de 1988). Portanto, sempre se me afigurou correta a posição de vezes autorizadas do Supremo Tribunal Federal, como a de Sepúlveda Pertence, segundo a qual, ‘quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade.’ Reclamação nº 2256/RN. Ministro (a) Rel.: Gilmar Mendes. Julgamento: 11.09.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 nov. 2009.

¹²⁴ As situações acima descritas suscitam outra questão interessante, que dizem com o efeito vinculante da decisão proferida em tais casos para o próprio Supremo Tribunal Federal. Isso considerando-se que, uma vez declarada a constitucionalidade de uma determinada norma, nada impede que mudanças no ordenamento jurídico possibilitem sua reinterpretação pelo Pretório Excelso, como se dá nas hipóteses de mutação constitucional. Sobre o tema vide, BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. *Op. cit.*, p. 174.

portanto, foram considerados constitucionais, não havendo que se falar, ao menos em tese, no manejo da técnica da modulação temporal de efeitos.

Ocorre que o Distrito Federal embargou da decisão, sob o argumento de que o Supremo não esclarecera qual “o momento temporal a partir de quando haverá de incidir com força e eficácia vinculativa, o que se afigura *in casu* imprescindível, à vista do excepcional interesse público subjacente à questão jurídica e tendo em vista as inúmeras relações jurídicas travadas de boa-fé e sob a égide do percentual de 6% como limite de gastos com pessoal do Poder Legislativo”. Pleiteava, assim, a integração ou aclaração do julgado em “ordem a permitir que o Poder Legislativo do Distrito Federal, no prazo legal de dois quadrimestres previsto no art. 23 da Lei Complementar nº. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), enquadre-se definitivamente nos limites prudenciais de gastos públicos, evitando-se, assim, a coarctação de políticas públicas de elevado interesse social”.

Conforme noticiado no Informativo 485, o Tribunal esclareceu inicialmente:

a razão pela qual não fora fixado nenhum prazo para o cumprimento da decisão seria explicável, porque o ato impugnado fora considerado constitucional. Reconheceu-se, não obstante, estar-se diante de hipótese *sui generis*, já que, durante toda a existência da lei, a Câmara Legislativa adotara um percentual da receita corrente líquida para pagamento de pessoal acima do limite que a lei estabelecia, qual seja, 6%, sendo que a prática desse percentual se dera de boa-fé, haja vista que assentada em uma autorização formal do Tribunal de Contas do Distrito Federal e também constante de leis de diretrizes orçamentárias. Assim, concluiu-se que a solução seria aplicar o art. 23 da Lei Complementar 101/2000, a qual, em si, modula os efeitos, assentando que o fiel cumprimento da decisão plenária se daria pela observância da própria Lei de Responsabilidade Fiscal, ou seja, contando-se os 2 quadrimestres, previstos no referido dispositivo legal, da data de publicação da ata do julgamento de mérito da ação¹²⁵.

No caso, a decisão utilizou-se de raciocínio aparentemente inverso ao que se dá em caso de modulação de efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade. Isso porque, o Distrito Federal, apoiado em autorização do Tribunal de Contas, deixou de cumprir lei constitucional e, ainda assim, foi-lhe facultada a possibilidade de se adaptar ao disposto na lei que já estava em vigência desde 2001.

Em suma, a teor da decisão do STF, a eficácia da norma da Lei de Responsabilidade Fiscal, que prevê limites para os gastos globais com pessoal no âmbito do Poder Legislativo Distrital, foi diferida para mais de 5 (cinco) anos depois de sua entrada em vigor, tornando-se, pois, de observância obrigatória por aquela entidade da Federação somente a partir de

¹²⁵ Informativo 485. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2009.

publicada a ata de julgamento da decisão de mérito da ADI. Prestigiou-se a boa-fé do Governo Distrital, ao final redobradamente tutelada com a invocação da regra do prazo biquadrimestral para ajuste das contas públicas aos ditames da Lei e com o diferimento do início da sua eficácia.

De se observar, porém, que o Tribunal não fundamentou sua decisão no artigo 27 da Lei 9.868/99, mas no artigo 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal que, conforme a decisão proferida, “em si modula os efeitos”, visto que autoriza a eliminação do percentual excedente da despesa total com pessoal nos dois quadrimestres seguintes. Ocorre que a contagem do prazo deveria ser realizada a partir da publicação da lei e não da decisão do Supremo Tribunal Federal. Dessarte, se está diante de inequívoco caso de modulação temporal de efeitos de decisão de improcedência de ação direta de inconstitucionalidade.

Em vista do exposto, entendemos que, dado o caráter dúplice das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, é possível admitir-se a modulação temporal de efeitos ainda que a norma apreciada pelo Tribunal tenha sido objeto de declaração de constitucionalidade. Trata-se, no entanto, de hipótese excepcional, de forma a que a declaração de inconstitucionalidade não fique sujeita a juízos de utilidade, conforme assinalado acima.

Desnecessário dizer que, em tais casos, o manejo da técnica da modulação de efeitos deverá obedecer aos demais requisitos formais e substanciais previstos no artigo 27: quorum de dois terços e atendimento a razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Isso porque, embora não seja possível na hipótese falar-se em ponderação entre normas constitucionais (a violada pela lei inconstitucional e aquelas que apontem para preservação de seus efeitos), permanece a possibilidade de ferimento à supremacia da Constituição, visto que terá havido o descumprimento de norma posteriormente declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, o Tribunal Constitucional terá idêntico ônus argumentativo de demonstrar que razões de segurança jurídica e interesse social relevante justificam o descumprimento de norma ao final tida como constitucional. Além disso, deverá ser enunciado, na situação concreta, que a garantia de supremacia da Constituição será atendida pela modulação de efeitos da decisão declaratória de constitucionalidade.

Além disso, cabe ao Tribunal demonstrar que houve uma ampla controvérsia judicial acerca da constitucionalidade da norma a justificar a aplicação de efeitos prospectivos. Esse requisito (aliado à presunção de constitucionalidade das leis), embora não expressamente previsto em lei, reforça a eventual boa-fé do jurisdicionado que descumpriu norma

constitucional¹²⁶.

Finalizadas as considerações acerca dos aspectos formais exigidos para o manejo da técnica da modulação, passa-se à análise dos requisitos substanciais do artigo 27, quais sejam, interesse social relevante e segurança jurídica.

2.4 Interesse social relevante: critério material da ponderação

A identificação do interesse social relevante que poderá fundamentar a utilização da técnica da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal mostra-se essencial para que a decisão do Tribunal possa ser reconduzida a princípios e regras previstos no ordenamento, garantindo sua legitimidade, conforme item I.4.

Para a densificação do conceito, parece-nos relevante a distinção entre interesse público primário e secundário, bem como a releitura do princípio da supremacia do interesse público realizada em função da centralidade que os direitos fundamentais adquiriram na ordem jurídica constitucional instaurada com a Constituição de 1988. Dessa forma, a conceituação de interesse social relevante haverá que considerar a heterogeneidade da noção de interesse público no âmbito de uma sociedade pluralista, comprometida com a defesa de interesses diversos e, não raro, conflitantes. Assim é que, modernamente, a doutrina aponta para a existência de “interesses públicos”¹²⁷.

¹²⁶ “De fato, como a lei ou ato normativo objeto da declaração de constitucionalidade já desfrutava, a exemplo dos atos emanados do Poder Público em geral, de presunção de validade, seus efeitos regulares já deveriam estar se produzindo desde a publicação. A ação declaratória de constitucionalidade existe apenas para reafirmar o que já se presumia, em hipóteses nas quais tenha surgido controvérsia judicial relevante. De ordinário, portanto, seu acolhimento não afetará as situações jurídicas preexistentes. Por essa razão, o art. 27 da Lei 9.868/99 somente se refere à flexibilização dos efeitos temporais em relação à declaração de inconstitucionalidade. No entanto, é possível especular que em uma hipótese na qual haja ocorrido ampla controvérsia judicial acerca da constitucionalidade de determinado dispositivo – com sua aplicação em larga escala – se possa estabelecer um eficácia puramente prospectiva da decisão ou restringir seus efeitos, com base no mesmo raciocínio ponderativo previsto naquela norma, levando-se em conta a segurança jurídica ou excepcional interesse social”. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. *Op. cit.*, p. 215-216.

¹²⁷ “Na realidade moderna atual, tão rica e complexa, tão mutante e variada, deparamos, entretanto, com uma multiplicidade de interesses, igualmente públicos, igualmente primários, igualmente dignos de proteção, porém que assumem diferentes dimensões. Temos, por exemplo, interesses individuais também públicos, no mais elevado grau possível, porque correspondentes a direitos fundamentais; temos interesses transindividuais, coletivos e difusos, que frequentemente entram em conflito entre si”. BORGES, Alice González. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 set. 2008.

Essa multiplicidade de dimensões faz com que o designado interesse social relevante não possa simplesmente ser identificado com uma fórmula genérica de interesse público. Com efeito, a conceituação de interesse social relevante perpassa pela noção de interesse público tal como definido pela moderna doutrina de Direito Administrativo, mas nela não se esgota, conforme restará demonstrado.

Por esse motivo, partiremos da densificação do conceito de interesse público para, posteriormente, estruturarmos aquilo que possa ser considerado interesse social relevante nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99.

O debate sobre uma possível releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular foi introduzido, entre nós, a partir da teoria dos princípios. Em síntese, para essa teoria, a supremacia do interesse público não pode ser entendida como princípio, na medida em que possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e fáticas. Estar-se-ia diante, assim, de um “princípio abstrato de supremacia”, que desconsidera o fato de que os interesses privados constituem uma parte do interesse público¹²⁸.

Seguindo essa linha de raciocínio, o interesse público seria um conceito jurídico indeterminado¹²⁹, somente aferível após a ponderação proporcional entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, realizada à luz das circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto. Interesse público, portanto, será o resultado dessa ponderação, comportando não só interesses difusos da coletividade como interesses individuais e particulares, sem que seja

¹²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 24, 1998.
OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo Brasileiro? **Revista de Direito Administrativo** n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.
SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 81-124.

¹²⁹ Sobre a definição do termo, é valorosa a lição de Ruy Rosado de Aguiar Junior, a propósito da distinção entre conceito jurídico indeterminado e cláusulas gerais. Para o autor, “a cláusula geral do Direito é uma norma jurídica que serve para avaliar a conduta, mas não define essa conduta. É norma em branco que atribui ao aplicador a função de estabelecer, caso a caso, qual a conduta devida, isto é, qual o comportamento esperado do cidadão, naquelas circunstâncias e naquela relação. Essa determinação é feita pelo operador à vista do valor que a norma quer proteger”. Os conceitos jurídicos indeterminados, por sua vez, “apesar de sua vaguidão e ambigüidade, apenas permitem ao operador estabelecer a coincidência ou não entre o acontecimento real e o modelo normativo; estabelecida essa premissa, a solução já está predeterminada”. Seriam, portanto, “descrições de fatos que apenas permitem ao julgador dizer se a situação encontrada no caso se ajusta ou não ao conceito de linguagem didática (...) uma vez que a norma de conduta e a sua consequência jurídica já estão definidas”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Cláusulas abusivas no código de consumidor**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/469>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

possível estabelecer a prevalência abstrata e apriorística de uns sobre os outros.¹³⁰

Para essa nova concepção de interesse público, ainda que o interesse particular não esteja consubstanciado em um direito fundamental, caberá à Administração Pública realizar um juízo ponderativo dos interesses em jogo sempre que houver conflito. O ponto nodal da distinção reside no controle judicial, que será mais fraco no caso de interesse particular que não seja dotado do caráter de jusfundamentalidade, atribuindo-se maior peso à decisão já adotada pelo poder público.

Em vista do exposto, podemos concluir que, conforme a moderna doutrina de Direito Administrativo, o conceito de interesse público poderá abranger a realização de um único interesse individual, cabendo ao intérprete sua densificação a partir de uma ponderação proporcional conduzida à luz do caso concreto.

Trazida a discussão para a seara da modulação de efeitos, tem-se que o conceito de interesse social relevante deve ser lido como todo interesse público que possa ser reconduzido a um preceito constitucional, abrangendo não só interesses coletivos, mas, por igual, interesses individuais. A relevância residirá exatamente na proteção do direito por um princípio ou regra estabelecido na Constituição.

Como já observado, a modulação de efeitos não traduz uma mera escolha política do Tribunal Constitucional, sendo certo que a justificativa para o reconhecimento de efeitos à norma inconstitucional deverá ser encontrada dentro da Constituição e não em categorias extra-constitucionais. Revela, portanto, providência de caráter excepcional, a ser levada a cabo mediante um procedimento racional de argumentação jurídica.

Finalmente, para a definição de interesse social relevante, afigura-se-nos proveitosa, ainda, a distinção entre interesse público primário e secundário. Segundo essa doutrina, o interesse público secundário coincidiria com os interesses particulares do Estado na qualidade

¹³⁰ “Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. *Op. cit.*, p. 105. Sobre o tema vida, ainda, Daniel Sarmiento, para quem “a ação estatal conforme ao Direito não será aquela que promover de forma mais ampla o interesse público colimado, mas sim a que corresponder a uma ponderação adequada entre interesses públicos e privados presentes em cada hipótese, realizada sob a égide do princípio da proporcionalidade. Com a ressalva, contudo, de que quando os direitos fundamentais estiverem ausentes da balança, o escrutínio judicial da conduta estatal deve ser mais cauteloso, prevalecendo, na dúvida, a decisão já adotada pelo Poder Público.” SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados:** desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. *Op. cit.*, p. 115.

de pessoa jurídica, notadamente o erário¹³¹. Já o interesse público primário seria representado pelo interesse de toda a sociedade, sintetizando-se nos fins que cabe ao Estado promover: justiça, segurança e bem-estar social¹³².

Veja-se que a distinção em si entre interesses públicos primários e secundários não é problemática. O equívoco se dá na conceituação do que seria o interesse público primário, entendido como “dimensão pública dos interesses individuais”, ou ainda, como o somatório dos interesses de cada indivíduo que integra a sociedade¹³³. Como visto, há interesses particulares que não se confundem com bens e metas coletivas e que a elas se sobrepõem.

De toda sorte, a preocupação com o interesse público secundário, consubstanciado, a mais das vezes, em metas arrecadatórias, mostra-se legítima, haja vista que a implementação de direitos, inclusive os civis e de liberdade, implicam em um custo para o erário. Por óbvio, um Estado sem recursos será incapaz de protegê-los¹³⁴. A matéria, no entanto, deve ser analisada com cuidado, de forma a que, sob o pretexto de efetivar direitos, não se acabe por violar normas constitucionais, especialmente aquelas relativas a direitos fundamentais.

¹³¹ “Não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extra-jurídico) aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isso porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.” MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 57.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 13.

¹³³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 51.

¹³⁴ A observação é de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein na obra “The Cost of Rights”. Um dos grandes méritos do trabalho consiste em apontar que os direitos de liberdade, assim como os direitos sociais possuem um custo. No entanto, o fato de os primeiros estarem voltados muitas vezes para garantia da propriedade e de riquezas individuais, faz com que esses custos sejam encobertos. Os autores relacionam, de forma arguta, os direitos de liberdade com as imposições tributárias realizadas pelo Estado, concluindo pela relação de instrumentalidade entre ambos e pela necessidade da atuação estatal na arrecadação e alocação de recursos para garanti-los. Confira-se: “Finally, the simple insight that rights have costs points the way toward an appreciation of the inevitability of government and of the various good things that government does, many of which are taken so much for granted that, to the casual observer, they do not appear to involve government at all. Attention to the public costs of individual rights can shed new light upon old questions such as the appropriate dimensions of the regulatory welfare state and the relationship between modern government and classical liberal rights. Public Policy decisions should not be made on the basis of some imaginary hostility between freedom and the tax collector, for if these two were genuinely at odds, all of our basic liberties would be candidates for abolition.” (Finalmente, a simples percepção de que os direitos possuem custos aponta para a constatação da inevitabilidade do Estado e de várias coisas boas que o governo faz, muitas das quais são tomadas de tal forma como certas que, para um observador casual, elas não parecem envolver o governo de forma alguma. A atenção para o custo público de direitos individuais pode lançar novas luzes sobre questões antigas, tais como as dimensões apropriadas do Estado regulatório de bem-estar social e a relação entre o governo moderno e direitos liberais clássicos. Decisões de políticas públicas não deveriam ser tomadas nos termos de alguma hostilidade imaginária entre liberdade e fisco, porque se ambas estiverem genuinamente em conflito, todas as nossas liberdades básicas seriam candidatas à extinção). HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. Nova York-Londres: Norton & Company, 1999. p.31.

Analisando-se a questão sob o prisma dos direitos sociais, é fato que a perda de receita tributária compromete sua efetivação, que já se desenvolve de forma lenta e gradual.

Ademais, essa concretização mostra-se indispensável à construção de uma sociedade mais justa e igualitária e, simultaneamente, condição para realização da cidadania ativa, como quer a Constituição (conforme artigos 1º, II e 3º, I, da Carta Magna).

Outrossim, é praticamente incontroverso na doutrina que, para o exercício das chamadas liberdades negativas (liberdade de ou *status negativus libertatis*), se exige a garantia de determinadas condições iniciais de existência para que os indivíduos possam desfrutá-las, compreendidas estas como liberdades positivas (liberdade para ou *status positivus libertatis*)¹³⁵.

Assim, ainda para aqueles que, como Ricardo Lobo Torres, consideram que os direitos sociais e econômicos não possuem caráter de jusfundamentalidade, haveria um mínimo de condições necessárias para que o indivíduo pudesse exercer sua autonomia e participar das decisões da comunidade na qualidade de cidadão¹³⁶. É inegável, portanto, que o Estado precisa captar recursos ao menos para fazer frente aos custos sociais relativos às prestações básicas que integram o mínimo existencial¹³⁷. Vale destacar que aqueles que defendem a teoria do mínimo existencial entendem não ser possível ao Estado opor argumentos como

¹³⁵ Para uma visão sobre a “tutela constitucional da liberdade” vide SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 173-220.

¹³⁶ A posição de Ricardo Lobo Torres, embora, à primeira vista, possa indicar o contrário, busca, exatamente, conferir maior efetividade aos direitos sociais. Assim é que o autor irá trabalhar com a idéia de mínimo existencial (*liberdade para ou condições iniciais de liberdade*), traduzindo-se em “condições materiais mínimas de existência humana que não podem ser objeto de intervenção do Estado e ainda exigem prestações positivas”. Esse conceito terá “extraordinária importância na construção do conceito de cidadania”, integrando os direitos fundamentais (na feição dignidade da pessoa humana) e gozando do *status positivus libertatis*. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. In: _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266-268. Analisando o tema sob ótica da democracia deliberativa, parece-nos interessante citar a posição de Cláudio Pereira de Souza Neto, para quem “o modelo cooperativo de democracia deliberativa, tal qual a teoria do ‘mínimo existencial’, também parte do pressuposto de que o verdadeiro problema está em definir em até que medida se pode atribuir fundamentalidade material aos direitos sociais, e não em negar ou afirmar taxativamente tal fundamentalidade. No entanto, busca elidir a cristalização do minimalismo a que leva o conceito de ‘mínimo existencial’, cuja própria locução sugere que apenas as ‘condições de subsistência’ estariam garantidas. Assim como a ‘teoria do mínimo’, a democracia deliberativa também atribui fundamentalidade material aos direitos sociais que figuram como ‘condições de liberdade’. Mas os concebe não como ‘condições mínimas’, e sim como ‘condições necessárias’, além de enfatizar o sentido ‘positivo’ da liberdade e de buscar harmonizá-la com a igualdade: a liberdade será aqui considerada como a igual possibilidade de implementar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)”. NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Op. cit.*, p. 250-251.

¹³⁷ Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é formado pelas condições básicas de existência e corresponde à fração nuclear da dignidade da pessoa humana, que possui eficácia positiva ou simétrica. A autora propõe a concretização do mínimo existencial a partir de quatro elementos: saúde básica, educação fundamental, assistência aos desamparados e acesso à justiça. BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 247-301.

restrições orçamentárias e reserva do possível para sua efetivação¹³⁸.

Essa também parece ser a posição de Rui Medeiros. Para o autor, interesse público de excepcional relevo a autorizar a modulação de efeitos “são, essencialmente, todos os interesses tutelados constitucionalmente”, e que poderão estar consubstanciados na necessidade de se evitar a total ruptura financeira do Estado¹³⁹. A posição do doutrinador português encontra-se fundamentada, dentre outros, no artigo 101 da Constituição Portuguesa, que prevê a obrigatoriedade de garantia dos “meios financeiros necessários ao desenvolvimento econômico e social”.

A despeito de tais considerações, parece-nos não ser possível defender um sacrifício do interesse público primário em prol do interesse do erário, contrariando a posição de instrumentalidade do segundo em relação ao primeiro¹⁴⁰.

Por óbvio, a simples afirmação de que o Estado precisa captar recursos não se mostra suficiente, por si só, para justificar que lei tributária inconstitucional possa vir a produzir efeitos válidos. Na hipótese, entendemos que deve restar provado pelo Poder Público que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* possa ocasionar, verdadeiramente, a quebra financeira do ente federado ou acarretar a total impossibilidade de atendimento às necessidades básicas da população, com a descontinuidade de serviços públicos essenciais. Trata-se, como se vê, de situação excepcional e que, ao final, não foge à conceituação de interesse público tal como elaborada pela moderna doutrina de Direito Administrativo.

Essa foi a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal nas ações concernentes à inconstitucionalidade de leis municipais que instituíram a cobrança progressiva do Imposto

¹³⁸ Sobre o tema, a doutrina de Robert Alexy propõe um modelo de ponderação que distingue entre o mínimo existencial ou direitos mínimos jusfundamentais sociais e os direitos fundamentais sociais, os quais devem ser ponderados dentro de uma escala de estrutura de normas que vai de 1 a 8. O maior grau de vinculação (1) refere-se ao direito subjetivo ao mínimo existencial, que corresponderia ao núcleo essencial do direito, passível de controle jurisdicional. O maior grau de discricionariedade (8) diz com os direitos objetivos *prima facie*, i.e., corresponde a princípios relativos aos direitos fundamentais sociais que se situam fora do núcleo. Esses direitos seriam comandos de otimização e se sujeitariam à ponderação com outros elementos fáticos e jurídicos (como, v.g., a reserva do possível). ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. *Op. cit.*, p. 482.

¹³⁹ O autor é expresso ao afirmar que, “sob a capa da fórmula genérica do interesse público de excepcional relevo” o Tribunal Constitucional poderá “limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma tributária”. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. *Op. cit.*, p. 715.

¹⁴⁰ “O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica do razoável poderia sustentá-la”. BARROSO, Luís Roberto. **O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público**. Prefácio. *Op. cit.*, p. 14.

Predial Territorial Urbano – IPTU anteriormente à Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000.

Diversos Municípios vinham aplicando alíquota progressiva do IPTU com base no valor dos imóveis, bem como sua localização e uso, contrariando o disposto no artigo 156, parágrafo primeiro c.c. artigo 182, parágrafos 2º e 4º da Constituição Federal de 1988, que não admitia a progressividade com fins meramente fiscais¹⁴¹. A discussão é pretérita à Emenda 29/2000, que deu nova redação ao artigo 156, § 1º¹⁴², possibilitando a instituição de alíquota progressiva com finalidade fiscal ou arrecadatória.

O STF, então, editou a Súmula 668, segunda a qual “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da emenda constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

Em vista do exposto, os Municípios passaram a requerer que o Supremo procedesse à modulação de efeitos temporais das decisões que entendiam pela inconstitucionalidade da alíquota progressiva em sede de recurso extraordinário, sob o fundamento de que a aplicação de efeitos *ex tunc* acarretaria grave lesão à ordem econômica e à segurança jurídica, especialmente nos casos em que a lei atacada tivesse vigorado por longo período de tempo.

Em reiteradas decisões¹⁴³, o STF entendeu que a modulação de efeitos, nos casos acima mencionados, não se justificava, ante a ausência de demonstração de lesão gravíssima à ordem pública ou à segurança jurídica, bem como a qualquer outro interesse público de excepcional relevo. Sobre o tema, vale transcrever trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do AI 472.768-AgR, em que restou consignado que

¹⁴¹ "No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal". Recurso Extraordinário n.º 153771/MG. Ministro (a) Rel.: Min. Moreira Alves. Julgamento: 05.09.1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

¹⁴² O dispositivo, em sua redação original, assim dispunha: “artigo 156 § 1º: O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade”. A Emenda 29/2000, conferiu ao parágrafo primeiro a seguinte redação: “Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel”.

¹⁴³ Vide, v.g., AI-AGR 410653/MG. BRASIL. Ministro (a) Rel.: Gilmar Mendes. Julgamento: 04.12.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2009.

em matéria tributária, a aplicação de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade demanda um grau ainda mais elevado de parcimônia, porquanto é truísmo afirmar que os valores arrecadados com a tributação se destinam ao emprego em finalidades públicas. Portanto, não basta ao sujeito ativo apontar a destinação de índole pública do produto arrecadado para justificar a modulação temporal de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sob o risco de se inviabilizar qualquer pretensão de restituição de indébito tributário, em evidente prejuízo da guarda da constitucionalidade e da legalidade das normas que instituem as exações.

A posição defendida vai ao encontro da releitura do princípio da supremacia do interesse público com a qual iniciamos este capítulo. Assim, o simples interesse do erário não basta, por si só, para caracterizar um interesse social relevante, devendo ser conjugado com interesses coletivos constitucionalmente protegidos que se apresentem de forma inequívoca no caso concreto¹⁴⁴.

Essa parece ser, inclusive, a *mens legis* do artigo 27 da Lei 9.868/99, ao utilizar a expressão “interesse social”. De fato, a intenção do dispositivo foi exatamente afastar a interpretação de que o interesse relevante para a modulação temporal de efeitos poderia ser traduzido como um mero interesse particular do Poder Público. Ao contrário, a lei aponta para a necessidade de que o interesse possua relevância para toda a sociedade.

Conclui-se, portanto, que a expressão relevante interesse social abrange qualquer interesse público, que poderá restar consubstanciado em um único direito fundamental ou metas e interesses coletivos, desde que tais direitos possam ser reconduzidos a uma regra ou princípio constitucionalmente estabelecidos. Por outro lado, ao apontar para um interesse socialmente relevante, a lei inviabiliza a interpretação de que o mero interesse do Erário (ou, na clássica distinção de Renato Alessi, interesse público secundário), possa justificar o afastamento da nulidade *tout court* da norma inconstitucional. Assim é que caberá ao Estado, em caso de lei tributária declarada inconstitucional, demonstrar, no caso concreto, que a eficácia *ex tunc* inviabilizaria o atendimento às condições mínimas de existência da população (mínimo existencial) e a continuidade de serviço público essencial.

2.5 Segurança jurídica, proteção da confiança legítima e boa-fé.

¹⁴⁴ Para Luís Roberto Barroso, o interesse público primário desfruta de supremacia porque ele não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação. “O interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar e promover”. BARROSO, Luís Roberto. **O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público**. Prefácio. *Op. cit.*, p. 15-16.

O artigo 27 da Lei 9.868/99 possui como segundo requisito substancial a segurança jurídica, que constitui, a um só tempo, princípio constitucional imanente ao Estado de Direito¹⁴⁵ e direito fundamental de primeira geração, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição. Assenta-se, ainda, no princípio da legalidade. Há que se registrar, portanto, que também a segurança jurídica possui inegável estatura constitucional, podendo ser considerada valor subjacente ao Estado Democrático de Direito.

A afirmação da estatura constitucional do princípio da segurança jurídica em sede de modulação de efeitos mostra-se fundamental, pois, caso contrário, qualquer tentativa de ponderação com outros princípios e normas constitucionais mostrar-se-ia inócua, solucionando-se eventual conflito pela simples aplicação do critério hierárquico.

Registre-se, ainda, que a segurança jurídica não será trabalhada como conceito jurídico indeterminado, embora em diversas decisões o Supremo Tribunal Federal se utilize dessa terminologia ao tratar do tema¹⁴⁶. Parece-nos que tal tratamento se dá mais por imprecisão terminológica (e pelo fato de que a segurança jurídica carecer de um preenchimento valorativo), do que por efetiva subsunção à idéia de conceito jurídico indeterminado.

De fato, a segurança jurídica foi alçada a princípio constitucional, concretizador de um valor imanente ao Estado Democrático de Direito. Sua generalidade e abstração decorrem exatamente do fato de que, como princípio, não traz, de plano, todas as condutas possíveis necessárias à sua concretização, comportando graus de realização distintos. Daí a conclusão de que a segurança jurídica vai além do conceito jurídico indeterminado, sendo certo que esta categoria jurídica não nos parece suficiente para abarcar a amplitude semântica, valorativa e normativa do princípio em tela.

Fixadas tais premissas, tem-se que a segurança jurídica, como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, apresenta as seguintes idéias e conteúdos:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela

¹⁴⁵ Sobre o tema vide a decisão proferida MS 24.268/MG. Ministro (a) Rel.: Gilmar Mendes. Julgamento: 03.05.2006. Informativo 343. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 mar. 2009. Vide, ainda, as ponderações de Patrícia Baptista, para quem “A atribuição de natureza de princípio à segurança jurídica faz par com a teoria que qualifica a Constituição como norma jurídica e não como um mero sistema de valores sem força jurídica. Negar a natureza de princípio à segurança jurídica, portanto, equivaleria a lhe subtrair sua força normativa. Mais correto, assim, é reconhecer na segurança ao mesmo tempo um valor e um princípio do ordenamento constitucional”. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo**: análise sistemática e critérios de aplicação do direito administrativo brasileiro. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁶ Veja-se, v.g., o decidido no AI 474.708-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes. Decisão monocrática proferida em 17.03.08. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 mar. 2009.

boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestadas na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação dos direitos em face da lei nova; 4 na previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas¹⁴⁷.

Extraí-se, ainda, desses elementos, a chamada dimensão subjetiva ou subprincípio da segurança jurídica, o designado princípio da proteção da confiança (ou princípio da confiança legítima). O princípio, em apertada síntese, busca salvaguardar a confiança do cidadão na estabilidade de atos ou condutas do Poder Público, desde que fundada em expectativas legítimas. Sua aplicação, via de regra, se dá de forma subsidiária e excepcional, naquelas situações que não encontrem tutela suficiente e adequada no ordenamento jurídico¹⁴⁸. Trata-se de princípio administrativo moderno, inerente ao Estado de Direito, dele sendo consectário natural, penetrante em todos os domínios da vida de relação.

Trataremos, primeiramente, da dimensão da segurança jurídica que encontra reflexo no princípio da irretroatividade das leis – embora, como enunciado supra, nele não se esgote. A vedação à retroatividade traduz-se na fórmula de garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, conforme artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, bem como nos princípios da irretroatividade da lei penal (artigo 5º, XL) e da anterioridade tributária (art. 150, III, “a”)¹⁴⁹.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In: _____. **Temas de direito constitucional**. *Op. cit.*, p. 133.

¹⁴⁸ “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança legítima – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos”. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. *Op. cit.*, p. 257.

¹⁴⁹ Conforme voto do Ministro Moreira Alves proferido na ADI 493, citando magistério de Matos Peixoto, a retroatividade vedada pela Constituição pode assumir três formas: retroatividade máxima (a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados); retroatividade média (a lei atinge os efeitos pendentes do ato jurídico); e retroatividade mínima, temperada, ou mitigada (a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 493/DF. Ministro (a) Rel.: Moreira Alves. Julgamento: 25.06.1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 mar. 2009. Sobre o tema vide, ainda, MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. *Op. cit.*, p. 75. HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 186.

Ainda dentro desse aspecto, tem-se que, na lição de Garcia Novoa, a segurança jurídica exige o atendimento a quatro requisitos: (i) a existência de norma jurídica; (ii) a anterioridade da norma em relação aos fatos regulados; (iii) o conhecimento prévio do conteúdo da norma pelos seus destinatários; e (iv) a estabilidade e pretensão de definitividade da norma¹⁵⁰.

Em sede de modulação de efeitos, a segurança jurídica visa exatamente a coibir que a declaração de nulidade *tout court* da lei declarada inconstitucional venha retroagir para desconstituir atos ou negócios jurídicos celebrados sob a vigência do diploma inquinado de vício.

Observa-se que, de fato, o princípio da irretroatividade protege, basicamente, as seguintes situações, tal como elencado supra: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a irretroatividade da lei penal mais gravosa e a anterioridade tributária.

Essa vedação à retroatividade normativa contempla dois graus: retroatividade própria ou autêntica e retroatividade imprópria ou aparente. A primeira se verifica quando a lei nova retroage para alcançar conseqüências legais pretéritas de ações consumadas, produzindo efeitos em relação a fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor; a segunda se dá quando a lei nova, embora tenha eficácia apenas *pro futuro*, alcança situações que se iniciaram no passado, mas cujos efeitos ainda estão em curso¹⁵¹.

Nessa linha, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* poderia ser equiparada a um caso de retroatividade autêntica, exurgindo a técnica da modulação de efeitos, fundada na segurança jurídica, como salvaguarda daquelas situações consolidadas sob o império da lei inconstitucional.

Isso porque não há que se falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito com fundamento em lei inconstitucional, haja vista que, via de regra, do ato nulo não se originam

¹⁵⁰ NOVOA, César Garcia. Seguridad jurídica e derecho tributário. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**: direito administrativo e direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 45-47.

¹⁵¹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A tutela da confiança legítima como limite ao poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n.11, jul./ago./set. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-PATRICIA%20BATISTA.pdf>> . Acesso em: 08 nov. 2008.

direitos¹⁵². Daí a importância do princípio da segurança jurídica a impedir que a declaração de nulidade retroativa ocasione o caos jurídico, haja vista que, uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei, com a declaração de nulidade *tout court*, haveria a desconstituição dos atos jurídicos praticados sob sua égide¹⁵³.

Para além dos casos em que ocorre retroatividade autêntica, a doutrina e a jurisprudência reconhecem outros graus de retroatividade, destacando-se a já enunciada retroatividade aparente. Como consequência, determinadas situações, não abarcadas pelos citados dispositivos constitucionais, acabam por carecer de uma proteção complementar.

Com efeito, no caso de retroatividade aparente,

a situação de sujeição geral do indivíduo à incidência imediata das normas jurídicas, sempre que não for titular de uma relação jurídica própria concretizada num ato ou contrato, deixa-o por inteiro à mercê da inconstância do poder normativo, não lhe sendo permitido postular proteção alguma para sua expectativa, por mais legítima que pudesse ser¹⁵⁴.

É exatamente nessas hipóteses, portanto, que ganha relevo o aspecto subjetivo da segurança jurídica, consubstanciado no princípio da proteção da confiança, o qual foi reconhecido de forma pioneira pelo Tribunal Administrativo Superior de Berlim, em decisão datada de 14.11.1956 e, por influencia deste, difundido para o direito comunitário europeu¹⁵⁵.

No citado precedente, a proteção da confiança foi invocada pela viúva de um funcionário que vivia na então República Democrática Alemã, a quem lhe havia sido assegurado, por ato administrativo, que, caso se mudasse para a Alemanha Ocidental, permaneceria com o direito ao recebimento de sua pensão. Após a efetivação da mudança,

¹⁵² Conforme leciona Gustavo Tepedino, as garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido são inoponíveis à declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma, “haja vista que, cancelado como írrito ou nulo o suporte normativo de Constituição de certa situação jurídica, não há como pretender salvaguardar o ato jurídico respectivo e o direito adquirido dele decorrente”. TEPEDINO, Gustavo. Dos efeitos retroativos da declaração incidental de inconstitucionalidade e a coisa julgada em favor da fazenda pública. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 511-519.

¹⁵³ O problema da relativização da coisa julgada, no entanto, merece tratamento diverso, pois, para doutrina majoritária, a coisa julgada constitui um limite à declaração de inconstitucionalidade, haja vista que a nulidade *ex tunc* não teria o condão de afetar a norma concreta formulada na sentença ou acórdão. Vide, por todos, MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. *Op. cit.*, p. 258. No mesmo sentido CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. *Op. cit.*, p. 252. Para o autor, “ainda que se não possa cogitar de direito adquirido e ato jurídico perfeito fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão”. O tema será tratado com maior profundidade no capítulo referente às repercussões da modulação de efeitos no sistema difuso.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵⁵ Para uma análise aprofundada sobre o tema vide COVIELLO, Pedro José Jorge. **La protección de la confianza del administrado**: derecho argentino y derecho comparado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

passado um ano, a Administração decidiu rever seu ato, por entender que a viúva não havia preenchido as condições legais para o recebimento da aposentadoria em virtude das informações equivocadas que recebera. A decisão se encontrava em conformidade com a jurisprudência de então, que pregava a estrita observância do princípio da legalidade¹⁵⁶.

O Tribunal Administrativo Superior de Berlim fundamentou sua decisão assentando que cabia à Administração Pública não só a observância do princípio da legalidade como também o princípio da proteção da confiança, haja vista que, no caso concreto, a demandante havia confiado na higidez do ato administrativo e agido com base no que nele havia sido prescrito, alterando de forma decisiva sua vida.

A sentença foi confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal, segundo o qual a eliminação de atos administrativos eivados de vício, atendendo ao princípio da legalidade, deve ser ponderada, no caso particular, com “o interesse público na retratação ou interesse individual na existência do ato administrativo”, assegurados pelo princípio da proteção da confiança¹⁵⁷.

A despeito do pioneirismo da decisão proferida em sede administrativa, o princípio da proteção da confiança legítima teve seu desenvolvimento também relacionado à atuação do Legislativo, através da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. A partir da doutrina desenvolvida por este Tribunal, deu-se a vinculação do próprio legislador ao conceito de confiança legítima, bem como a proibição de editar normas com efeitos retroativos e a exigência de adotar medidas transitórias em caso de alteração das leis¹⁵⁸.

Finalmente, conforme assinala Patrícia Baptista, o referido princípio foi estendido às decisões judiciais. No entanto, aponta a autora que, na doutrina, há uma preocupação com a utilização excessiva do princípio pela jurisprudência, sustentando-se, no mais das vezes, que

¹⁵⁶ MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 69-70.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 70-71.

¹⁵⁸ Conforme COVIELLO, Pedro José Jorge. **La protección de la confianza del administrado**: derecho argentino y derecho comparado. *Op. cit.*, p. 47. O autor destaca a hierarquização constitucional do princípio da confiança legítima, a partir da sentença, proferida em 19.12.1961, pelo Tribunal Constitucional, no contexto da re-democratização da Alemanha e do desenvolvimento do Estado Social de Direito consagrado no pós-guerra. Confirma-se o trecho da relevante decisão: “La seguridad jurídica es uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho. Los ciudadanos deben estar en condiciones de anticipar las posibles intrusiones del Estado que pueden afectarlos y actuar de acuerdo a ello. Los ciudadanos deben estar en condiciones de confiar que sus actos considerados válidos de acuerdo con el ordenamiento vigente y del que se siguen ciertas consecuencias legales, permanecerán reconocidos como tales. Esta confianza de los ciudadanos se quiebra, sin embargo, cuando el legislador abarca los hechos ya producidos con consecuencias que son más desfavorables que aquellas que los ciudadanos confiaban que permanecerían vigentes. La seguridad jurídica para los ciudadanos significa en forma primaria la protección de la confianza legítima”.

sua aplicação pelas Cortes alemãs se mostra casuística e pouco dogmática¹⁵⁹.

Um exemplo de aplicação da proteção da confiança legítima em sede judicial, em caso de retroatividade aparente, pode ser extraído da decisão do Tribunal Constitucional Português no processo 47.275/2003, segundo o qual

estendida a proibição de retroactividade a situações que não há propriamente uma aplicação retroactiva, à luz dos critérios de aplicação da lei no tempo previstos no art. 12.º do Código Civil, mas em que são introduzidas alterações legislativas com que os cidadãos não podiam, razoavelmente, contar. Trata-se de situações que caberão na última parte do n.º 2 do art. 12.º do Código Civil, que não são por ele consideradas como sendo de retroactividade (...) À face da jurisprudência do Tribunal Constitucional, o princípio da confiança, ínsito na ideia de Estado de Direito democrático (art. 2.º da Constituição) postula um mínimo de certeza nos direitos das pessoas e nas expectativas que lhes são juridicamente criadas, censurando as afectações inadmissíveis, arbitrárias ou excessivamente onerosas, com as quais não se poderia moral e razoavelmente contar¹⁶⁰.

Os elementos colacionados acima traduzem os aspectos principais da confiança legítima e, a despeito da amplitude do tema, nos permitem avaliar o papel a ser exercido pelo referido princípio em âmbito de modulação temporal de efeitos.

Primeiramente, entendemos que a observância da confiança legítima constitui um dos requisitos insculpidos no artigo 27 da Lei 9.868/99, na medida em que se traduz em subprincípio ou dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica. Assim é que nada impede sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal ao modular os efeitos temporais de suas decisões.

Outrossim, embora a origem do princípio esteja vinculada às relações entre administrado e Poder Público, dizendo principalmente com a confiança dos indivíduos na subsistência das normas e atos administrativos, bem como no respeito dos compromissos assumidos pela Administração que geram nos cidadãos fundadas esperanças futuras¹⁶¹, de há muito foi expandido para a aplicação da lei no tempo, como demonstra, v.g., a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Finalmente, conforme assinala Almiro do Couto e Silva, o princípio da proteção da

¹⁵⁹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo**: análise sistemática e critérios de aplicação do direito administrativo brasileiro. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁶⁰ Processo 47.275/2003, julgado em 30.04.2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Confira-se, ainda, a redação do artigo 12 do Código Civil Português: “Artigo 12º (Aplicação das leis no tempo. Princípio geral). 1. A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular. 2. Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor”. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>>. Acesso em: 07 jan. 2009.

¹⁶¹ *Id.*, p. 247.

confiança teve sua formulação predominantemente relacionada à “preservação de atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa-fé”¹⁶². De fato, se há o império da lei, cumpre respeitar as expectativas legitimamente formuladas em torno da aplicação desta mesma lei.

À luz do exposto, conclui-se que a proteção da confiança exerce um papel importante para modulação, servindo de fundamento à preservação dos efeitos do ato inconstitucional, a despeito da sua nulidade; e evita a desconstituição daquelas situações jurídicas que não poderiam ser protegidas pela segurança jurídica no que toca à vedação à irretroatividade, porque não se traduzem em ato jurídico perfeito ou direito adquirido. É o que se dá, v.g., com a expectativa de direito. Tal entendimento se coaduna, inclusive, com o caráter subsidiário da confiança legítima.

Assim é que, conforme ensina Odete Medauar, o princípio da proteção da confiança apresentaria três finalidades de proteção no Direito Administrativo moderno, as quais podem servir de fundamento à sua aplicação na modulação de efeitos: *(i)* proteger direitos em via de constituição – direitos “quase” adquiridos; *(ii)* proteger legítimas expectativas do cidadão decorrentes de promessas não cumpridas pela Administração; e *(iii)* proteger o cidadão contra mudanças bruscas e radicais na disciplina normativa (legal ou regulamentar), de certa matéria, exigindo um regime de transição¹⁶³.

A proteção da confiança legítima é reforçada, ainda, pela boa-fé objetiva do particular que tiver sido surpreendido pela decisão do Supremo Tribunal Federal que declarar a inconstitucionalidade de uma determinada lei. Assim, deverá haver fundadas expectativas pelo particular na estabilidade do regime normativo estabelecido pela lei posteriormente considerada inconstitucional.

Vale lembrar, nesse ponto, que boa-fé e confiança são princípios que não se confundem. A boa-fé, trazida do direito romano e incorporada pelo Código Civil de 1916, constitui noção predominantemente de direito privado e refere-se ao estado subjetivo do sujeito que, por erro, ignora o vício que macula determinado negócio jurídico. Nessa concepção, a boa-fé subjetiva, baseada em uma crença ou ignorância daquele que contrata,

¹⁶² COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n.2, p. 5, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 07 jun. 2008.

¹⁶³ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 222.

constitui princípio geral do direito que atua como regra de interpretação¹⁶⁴.

O tema sofreu inovações a partir do Código Civil de 2002, que introduziu o conceito de boa-fé objetiva, constituindo “norma jurídica fundada em princípio geral do direito”, segundo o qual todos devem se comportar em suas relações recíprocas pautados por um dever de lealdade. Trata-se, portanto, de regra de conduta, transformada em cláusula geral do direito¹⁶⁵. É nesse sentido que dispõe o artigo 422 do Código Civil, estabelecendo deveres anexos às negociações preliminares e execução do contrato com fundamento na boa-fé objetiva¹⁶⁶.

No que toca à modulação de efeitos, portanto, a boa-fé subjetiva refere-se à ignorância do vício de inconstitucionalidade que macula a lei. Como visto no item I.3, esse requisito não é determinante para que o Supremo Tribunal Federal proceda à modulação.

A boa-fé objetiva, por outro lado, reflete, no âmbito privado, aquilo que a proteção da confiança pretende no âmbito do direito público, ou seja, o dever de lealdade e a previsibilidade de comportamento que devem informar as relações jurídicas em geral.

Nesse passo, vale citar os Enunciados 362 e 363 da IV Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em comentários aos artigos 422 do Código Civil. Segundo o enunciado 362, “a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”. A abordagem parece-nos interessante por extrair o *venire contra factum proprium* exatamente do princípio da proteção da confiança¹⁶⁷. Por sua vez, o enunciado 363 é expresso ao afirmar que “os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

¹⁶⁴ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 34-35.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Veja-se o Enunciado 24, da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/enunciados.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2008.

¹⁶⁷ Por ser expressão da má-fé, o Direito não tolera a prática de conduta absolutamente contrária a anteriormente tomada, criadora de legítima expectativa de atuação conforme. É a chamada doutrina dos atos próprios ou *nemo potest venire contra factum proprium*. Conforme Paulo Mota Pinto, o mais destacado efeito produzido pelo comportamento contraditório é a inibição do exercício de poderes jurídicos ou direitos. “O principal efeito será o da inibição do exercício de poderes jurídicos ou direitos, em contradição com o comportamento anterior. Por outro lado, a proibição de comportamento contraditório torna ilegítima a conduta posterior, podendo assim, constituir o agente numa obrigação de indenizar, designadamente por violação de uma obrigação (no caso, por exemplo, de o comportamento posterior contraditório visar a cessação dos efeitos de um contrato). Pode acontecer, contudo, que a conseqüência seja a eventual constituição de uma obrigação do agente.” PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, volume comemorativo, p. 305, 2003.

Embora tais enunciados constituam, tão-só, vetores interpretativos relativos a normas que afetam ao Direito Civil, sua análise serve a demonstrar a importância que os princípios da boa-fé objetiva e da proteção da confiança – que têm como corolário a vedação ao comportamento contraditório –, adquiriram em nosso ordenamento jurídico. A obrigatoriedade de sua observância, sem dúvida, não se encontra restrita aos particulares, aplicando-se, sobretudo, às relações entre o cidadão e o Poder Público.

Por derradeiro, observa-se princípio da confiança configura um limite à Administração Pública para anulação de seus próprios atos¹⁶⁸ e à aplicação retroativa de atos normativos que afetem os indivíduos de forma inadmissível, arbitrária ou excessivamente onerosa, nas palavras do Tribunal Constitucional Português. Dessa forma, entendemos que não cabe sua invocação pela própria Administração Pública, visto que a *ratio* do princípio da confiança legítima consiste exatamente em oferecer uma proteção do particular frente ao Poder Público.

Os temas ora tratados possuem, ainda, especial relevância para o problema da modulação de efeitos em sede de mudança de jurisprudência do Tribunal Constitucional, o qual será objeto de análise na parte IV.

Por ora, pode-se concluir, no que toca à modulação temporal em controle concentrado, que a concessão de efeitos à norma declarada inconstitucional não infirma, mas antes consagra o princípio da supremacia da Constituição, desde que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos encontre fundamento de igual hierarquia – notadamente no princípio da segurança jurídica e em interesse social relevante, de acordo com as peculiaridades acima trabalhadas.

Para tanto, caberá ao intérprete constitucional realizar um processo ponderativo, guiado pelo princípio da proporcionalidade, capaz de sopesar as normas constitucionais violadas pela lei inconstitucional e aquelas que trabalhem a favor da modulação, obtendo, assim, a decisão que melhor harmonize os preceitos em conflito e garanta a máxima efetividade da Constituição.

¹⁶⁸ De se destacar que, para doutrina tradicional, cristalizada na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública possui o poder-dever de anular seus próprios atos (autotutela) quando inquinados de vícios de legalidade. Como deixa claro a súmula, a invalidação do ato por vício de legalidade não se confunde com a sua revogação, que se dá por razões de mérito (conveniência e oportunidade). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2008.

3 MODULAÇÃO DE EFEITOS E CONTROLE DIFUSO

3.1 A Modulação de efeitos e sua repercussão sobre o sistema difuso de controle de constitucionalidade.

De forma a situar o objeto de estudo do presente capítulo, inicia-se com a ressalva de que nosso foco consistirá em analisar a repercussão das decisões proferidas em controle concentrado, que se utilizem da modulação de efeitos, sobre o sistema difuso de constitucionalidade. Será conferido destaque ao problema da relativização da coisa julgada e às leis penais inconstitucionais (itens III.1 e III.2),

Em seguida, iremos tratar da possibilidade de aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99 às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle incidental de constitucionalidade, notadamente nos casos em que há julgamento de recurso extraordinário, matéria que será estudada no item III.3.

Iniciemos, portanto, com as repercussões da modulação de efeitos sobre o sistema difuso de controle de constitucionalidade. A princípio, cabe afirmar o caráter vinculante das decisões proferidas pelo STF quando da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a teor do disposto no artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99. Se havia alguma dúvida no que se refere à eficácia vinculativa de tais decisões, esta foi definitivamente afastada pela nova redação conferida ao § 2º, do artigo 102, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional 45/2004¹⁶⁹. Feitas tais considerações, parece-nos que, *a fortiori*, a decisão que modula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade será, também, vinculante, nos termos dos citados dispositivos.

Surgem, assim, diversas questões, notadamente no que toca à coisa julgada. Iremos tratar, primeiramente, daquelas situações em que, no controle difuso, o Judiciário tenha aplicado lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Em

¹⁶⁹ Artigo 102, § 2º, da CRFB/1988: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

tais hipóteses, tem-se apontado para possibilidade da denominada relativização da coisa julgada¹⁷⁰.

A princípio, há que se destacar, conforme aponta a doutrina mais abalizada, que o fenômeno da relativização da coisa julgada abrange não só aquelas situações em que tiver havido expressa declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo. Casos há em que o ferimento intolerável ao princípio de justiça também autorizaria a desconstituição do julgado¹⁷¹.

Parte da doutrina considera, inclusive, que a coisa julgada fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional poderia ser desconstituída pelos Tribunais a qualquer tempo, quer pelo manejo da ação rescisória, que, nessa hipótese, não obedeceria ao prazo de dois anos; quer pela ação declaratória de nulidade (a denominada *querella nullitatis*); ou, ainda, via embargos à execução¹⁷². O principal argumento para os que apóiam essa corrente é de que a decisão fundada em lei inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais.

¹⁷⁰ Conforme artigo 6º, § 3º, do Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. O artigo 467 do Código de Processo Civil, por sua vez, denomina coisa julgada material “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Em apertada síntese, tem-se que a coisa julgada material consiste na “imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito”, ou seja, no momento em que já não couber recurso algum, cria-se um *status* de “intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas” na sentença de mérito. Já a coisa julgada formal (ou preclusão máxima), caracteriza-se pela “extinção do poder de exigir novo julgamento quando a sentença já tiver passado em julgado”, sendo, portanto, fenômeno interno ao processo. DINAMRGO, Cândido Rangel. **Revista Virtual da AGU – Advocacia Geral da União**. ano II, n. 07, p. 3-4, fev. 2001. Disponível em: <<http://www.escoladaagu.gov.br>>. Acesso em: 22 out. 2008. A teoria da relativização propugna pela possibilidade de revisão da sentença de mérito passada em julgado, presentes determinados requisitos. A discussão doutrinária acerca do tema é bastante ampla, a começar pela definição mesma de coisa julgada. O nosso objetivo, portanto, consiste apenas em situar o leitor para que possamos tratar do tema central proposto, qual seja, as conseqüências da modulação de efeitos sobre a coisa julgada.

¹⁷¹ Vide, por todos, Cândido Rangel Dinamarco. Conforme o autor, “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”. *Ibid.*, p. 21. Parte da doutrina também tem estendido a possibilidade de relativização da coisa julgada aos casos de sentença ou acórdão que afasta a aplicação de lei por inconstitucionalidade, vindo posteriormente o Supremo a considerar o preceito constitucional. Vide, por todos, TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). **Revista de Processo**, n. 106. ano 27. abr./jun. 2002.

¹⁷² “Os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução (...) É diante dessa inevitável realidade da nulidade *ipso iure*, que às vezes atinge o ato judicial revestido da autoridade da *res iudicata*, que não se pode, em tempo algum, deixar de reconhecer a sobrevivência, no direito processual moderno, da antiga *querela nullitatis*, fora e além das hipóteses de rescisão expressamente contemplados pelo Código de Processo Civil. Para Calamandrei, há sem dúvida uma série de casos que a lei não menciona e que nem mesmo é possível prefixá-los todos num elenco fechado e restrito, nos quais, em verdade, ‘la sentenza é inidonea materialmente, si direbbe quasi fisicamente, a passare in giudicato. Diante desse tipo de julgado visceralmente nulo, - para Calamandrei – ‘il decorso del termine per sperimentare i mezzi di impugnazione non può avere l’effetto di sanare la nullità e di precludere l’esercizio della ordinaria azione dichiarativa della nullità insanabile” THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. **Revista Virtual da AGU – Advocacia Geral da União**. ano II, n. 09, p. 26, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.escoladaagu.gov.br>>. Acesso em: 12 set. 2008.

Não são poucas as vozes doutrinárias, no entanto, que criticam a relativização da coisa julgada a par das situações já elencadas no artigo 485 do Código de Processo Civil, dentre as quais já estaria abrangida a hipótese de rescisão do *decisum* fundado em lei inconstitucional¹⁷³. Para essa corrente, o inciso V do dispositivo, ao se referir à decisão que violar “literal disposição de lei” abrangeria duas situações: violação de lei comum e violação da Constituição.

A interpretação do inciso V, contudo, é controvertida, vez que, há quem considere que sua aplicação permitira o afastamento da garantia da coisa julgada de forma indiscriminada pelas instâncias inferiores, bastando, para tanto, a alegação de que a interpretação conferida à lei pela decisão guerreada seria incompatível com a Constituição¹⁷⁴.

Para os fins propostos, interessam, apenas, as situações elencadas nos artigos 475, L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Conforme os mencionados dispositivos, se considera inexistente o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como

¹⁷³ Para uma crítica da relativização da coisa julgada fundada unicamente na alegação de injustiça da decisão vide MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. **Revista Forense**. p. 43-61, jan./fev. 2005. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do direito constitucional processual. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Orgs.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 283-298.

¹⁷⁴ Conforme MARINONI, Luiz Guilherme. **Relativizar a coisa julgada?** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 14 out. 2008. Para o autor, “não é possível aceitar como racional a tese de que a ação rescisória pode ser utilizada como mecanismo de uniformização da jurisprudência voltado para o passado”. Atento à questão, porém em sentido contrário ao esboçado pelo autor, o Supremo Tribunal Federal procedeu à edição da Súmula de número 343 que, em síntese, veda o uso da rescisória quando a decisão rescindenda encontrar fundamento em lei de interpretação divergente pelos Tribunais. Segundo o próprio STF, no entanto, a Súmula só se aplica aos casos de interpretação de lei infraconstitucional, devendo ser afastado em se tratando de matéria constitucional: “Enfatizando a necessidade de se ponderar acerca do papel da ação rescisória em nosso sistema jurídico, afirmou-se que esse instituto seria uma última via de correção para o sistema judicial, sendo que, no âmbito específico do inciso V do art. 485 do CPC, o objetivo imediato seria o de garantir a máxima eficácia da ordem legislativa em sentido amplo. Considerou-se que, nas hipóteses em que o Supremo fixa a correta interpretação de uma norma infraconstitucional, com o escopo de ajustá-la à ordem constitucional, a violação a essa interpretação, isto é, a contrariedade à lei definitivamente interpretada pela Corte em face da Constituição enseja o uso da ação rescisória (...). Ressaltou-se que negar a via da ação rescisória para fins de fazer valer a interpretação constitucional do Supremo implicaria admitir uma violação muito mais grave à ordem normativa, pois a afronta se dirigiria a uma interpretação que poderia ser tomada como a própria interpretação constitucional feita. (...) Frisou-se que a aplicação do Enunciado 343 da Súmula do STF em matéria constitucional seria afrontosa não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional, além do que significaria fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo”. Recurso Extraordinário n.º 328812. Ministro (a) Rel.: Gilmar Mendes. Julgamento: 6.3.2008 Noticiado no Informativo 497. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

incompatíveis com a Constituição Federal¹⁷⁵.

As controvérsias sobre os dispositivos principiam pela sua abrangência, uma vez que, para parte da doutrina, somente aquelas hipóteses em que há efetiva declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal dariam ensejo à sua aplicação¹⁷⁶. A despeito da natureza da decisão que houver sido proferida, dada a amplitude do debate, iremos centrar nossa análise, tão-só, naqueles casos em que, por força da modulação de efeitos, ocorra um conflito potencial entre os mencionados dispositivos legais e o artigo 27 da Lei 9.868/99.

De acordo com a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* não teria o condão, via de regra, de desconstituir os casos julgados, em função da garantia prevista no artigo 5º, XXXVI, da Constituição

¹⁷⁵ Na redação dos dispositivos: artigo 475, L, § 1º: “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”; e artigo 741, parágrafo único: “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

¹⁷⁶ Veja-se, v.g., a posição de Eduardo Talamini para quem o dispositivo abrange: “(a) o reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Supremo no exercício do controle direto e abstrato (ação direta de inconstitucionalidade); (b) o reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Supremo em via incidental; (c) a “aplicação ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição Federal”. TALAMINI, Eduardo. **Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)**. *Op. cit.*, p. 38-83. Em sentido que nos parece mais restritivo, vide Teori Albini Zavascki, ao considerar que o artigo 741, parágrafo único (cuja redação encontra-se praticamente reproduzida pelo artigo 475, L, § 1º) tem aplicação desde que: “(a) a sentença exequenda esteja fundada em norma inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), seja por aplicar norma em situação ou com um sentido tidos por inconstitucionais (2ª parte do dispositivo); e (b) que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso, independente de resolução do Senado, mediante declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), mediante declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou, ainda, mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte)” ZAVASCKI, Teori Albini. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC. In: _____. **Coisa Julgada Inconstitucional**. *Op. cit.*, p. 133.

Federal¹⁷⁷. Não se cuida, portanto, de efeito automático da declaração de inconstitucionalidade. Só caberia, assim, a desconstituição do julgado nas hipóteses do artigo 485 do Código de Processo Civil – abstraindo-se aqui das discussões acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada para além das hipóteses elencadas no dispositivo.

O artigo 27 da Lei 9.868/99, em uma primeira leitura, não seria suficiente para modificar esse entendimento, haja vista que, ao menos em tese, a preservação da coisa julgada não estaria na dependência da extensão dos efeitos temporais conferidos pelo Supremo Tribunal Federal à decisão de inconstitucionalidade – como visto supra, antes mesmo da introdução do artigo 27 no ordenamento jurídico brasileiro, o nosso Tribunal Constitucional já entendia que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* não alcançava os casos definitivamente julgados.

De fato, como bem adverte Luiz Guilherme Marinoni, “a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei - que pode ser negada por ser nula -, mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto”. Dessarte, o tratamento à coisa julgada não pode ser equiparado àquele dado ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, conforme trabalhado na parte II. 5¹⁷⁸.

Ocorre que, com a introdução dos artigos 475, L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, passou-se a permitir ao executado a impugnação da execução por força de posterior declaração de inconstitucionalidade da lei em que se houver fundado a sentença exequenda. Faz-se necessária, dessarte, uma harmonização entre os dispositivos,

¹⁷⁷ “A Turma manteve acórdão do TRF da 2ª Região que, julgando improcedente ação rescisória ajuizada pela União, reconheceu a servidor público o direito à transposição à carreira de Orçamento, na forma do art. 2º do Decreto-lei 2.347/87, porquanto o direito ao mencionado provimento fora adquirido sob a égide da Constituição anterior, consolidando-se, assim, em situação perfeita e acabada. No caso concreto, o recorrido optara pela transposição do cargo e, considerado habilitado antes da promulgação da CF/88, tivera o procedimento homologado em 1989. Alegava-se, na espécie, ofensa aos artigos 5º, LIV e LV e 37, II, ambos da CF/88. Tendo em conta o princípio da segurança jurídica — elevado a subprincípio do Estado de Direito pelo STF e consagrado pela Lei 9.784/99, tanto no seu art. 2º quanto no seu art. 54 —, bem como o fato de a Administração pretender anular ato praticado há mais de 14 anos, entendeu-se que o ato administrativo que homologara a transposição deveria ser mantido. Ressaltou-se que, a despeito de a ordem jurídica brasileira não possuir preceitos semelhantes aos da alemã, no sentido da intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, não se deveria supor que a declaração de nulidade afetasse todos os atos praticados com fundamento em lei inconstitucional. Nesse sentido, haver-se-ia de conceder proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo e no plano das fórmulas de preclusão. Concluiu-se, dessa forma, que os atos praticados com base na lei inconstitucional, que não mais se afigurem passíveis de revisão, não são atingidos pela declaração de inconstitucionalidade. Precedentes citados: RMS 17976/SP (DJU de 24.9.69); MS 24268/MG (DJU de 17.9.2004); MS 22357/DF (DJU de 5.11.2004), RE 442683/RS (acórdão pendente de publicação). RE 466546/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 14.2.2006. (RE-466546)”. Informativo 416. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Relativizar a coisa julgada?** *Op. cit.*, p. 9.

parecendo-nos de todo insuficiente a tese de que, pelo critério da temporalidade, teria havido revogação do artigo 27 da Lei 9.868/99.

Isso porque, conforme já exaustivamente demonstrado ao longo do presente, a modulação de efeitos não se coloca como uma competência puramente discricionária do Supremo Tribunal Federal, ou seja, presentes razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, a modulação se impõe para o Tribunal Constitucional como única forma de assegurar a supremacia da Constituição. Nessa linha, os artigos 475, L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil devem se aplicar nos limites da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo¹⁷⁹.

Caso contrário, se se permitir a relativização da coisa julgada, para tornar inexigível o título judicial, haveria um ferimento às normas constitucionais por via transversa – além, é claro, do descumprimento da própria decisão no Supremo, vinculante nos termos do artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 e artigo 102, § 2º, da Constituição Federal.

Isso porque, ao se realizar a delimitação temporal da declaração de inconstitucionalidade, o que se quer é exatamente reconhecer efeitos à lei declarada inconstitucional, o que não seria possível se sua aplicação fosse afastada para desconstituir o título. E mais: haveria ferimento aos preceitos constitucionais que orientaram o manejo da técnica, pois, como já demonstrado, o fim último da modulação consiste exatamente em assegurar a supremacia da Constituição.

3.2 Lei Penal Inconstitucional, repristinação e modulação de efeitos

As repercussões da modulação de efeitos sobre o sistema difuso de controle de constitucionalidade devem ser analisadas mais detidamente nos casos em que se estiver diante de lei penal declarada inconstitucional. Primeiramente, note-se que o artigo 621, do Decreto

¹⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. **Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)**. *Op. cit.*, p 65. Para o autor, “o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade (com ou sem “redução de texto”) ou a “interpretação conforme” da norma infraconstitucional, proferido nas ações diretas de inconstitucionalidade ou nas declaratórias de constitucionalidade será invocável, para fins de embargos, nos limites da eficácia temporal que o Supremo houver atribuído à sua decisão (Lei 9.868/99, art. 27). Vide ainda WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Orgs.). **Coisa julgada inconstitucional**. *Op. cit.*, p. 325.

3.689/1941 (Código de Processo Penal), admite a revisão de sentença penal condenatória em favor do réu, quando proferida com base em lei inconstitucional, sem previsão de prazo —, contrariamente, portanto, ao que ocorre com a ação rescisória prevista no artigo 485, V c.c. 495, do nosso diploma processual civil, que, como visto, estipula prazo de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória. Dessarte, a sentença penal proferida com base em lei inconstitucional seria passível de revisão a qualquer tempo, não sendo possível a alegação de coisa julgada *pro societate*.

O mesmo entendimento parece ter inspirado o artigo 282, n.º 3, da Constituição Portuguesa, segundo o qual ficam ressalvados da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, “os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido”.

Nesse caso, parece-nos que se abrem duas hipóteses distintas, em vista do disposto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”¹⁸⁰): (i) a nulidade *ex tunc* faz reprivar lei penal desfavorável; e (ii) a nulidade *ex tunc* faz reprivar lei penal mais favorável. Isso na consideração de que a lei inconstitucional nula, em regra, não produz efeitos. Assim sendo, não terá havido revogação da lei anterior, que não terá cessado sua vigência no plano jurídico.

Em se tratando de reprivação de lei penal desfavorável, observa-se que o problema não pode ser resolvido mediante a sucessão de leis penais no tempo, no caso, através do princípio da proibição da retroatividade *in pejus*. Como bem assinala Rui Medeiros, a aplicação de tal princípio nessas hipóteses acabaria por criar um vácuo normativo. Veja-se: ao réu não poderia ser aplicada a lei declarada inconstitucional que, por definição, não produz efeitos; e tampouco a lei reprivada mais desfavorável, em função do princípio da irretroatividade da lei penal¹⁸¹.

Nesse ponto, parece-nos que a modulação de temporal de efeitos sobressai, mais uma

¹⁸⁰ “A proibição de retroatividade da lei penal é o principal fundamento político do princípio da legalidade, regido pela fórmula *lex praevia*, que incide sobre a norma de conduta e sobre a sanção do tipo pela: a) no âmbito da norma de conduta proíbe todas as mudanças dos pressupostos de punibilidade prejudiciais ao réu, compreendendo os tipos legais, as justificações e as exculpações; b) no âmbito da sanção penal abrange as penas (e as medidas de segurança), os efeitos da condenação, as condições objetivas de punibilidade, as causas de extinção da punibilidade (especialmente, os prazos prescricionais), os regimes de execução (incluindo os critérios de progressão e de regressão de regimes) e todas as hipóteses de excarceração”. SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006. p. 20-21.

¹⁸¹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. *Op. Cit.*, p. 755-756.

vez, como medida adequada, possibilitando que o Tribunal Constitucional preserve os efeitos de lei penal mais favorável, declarada inconstitucional. Ao mesmo tempo, a declaração *ex nunc* permite a preservação do princípio da irretroatividade da lei penal, na medida em que a lei mais gravosa seria repristinada apenas a partir da decisão de inconstitucionalidade, aplicando-se para o futuro e resguardando-se os processos ainda pendentes de julgamento.

Também para fins de preservação da coisa julgada parece-nos ser esta a melhor solução, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* impediria a rescisão do julgado sob o argumento de que a sentença ou acórdão sobre o qual se funda a condenação seria inconstitucional. De toda sorte, ainda em face do artigo 621, do Código de Processo Penal, não haveria razão para que o condenado pleiteasse a revisão do julgado, visto que terá sido preservada a aplicação da lei mais favorável ao tempo da infração.

A segunda hipótese refere-se aos casos em que a declaração de inconstitucionalidade faz repristinar lei penal mais favorável ao argüido. Seguindo o mesmo raciocínio, tem-se que a lei penal desfavorável, posteriormente declarada inconstitucional, não teria o condão de revogar a lei anterior mais favorável. Ora, nesse caso, a eventual modulação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade seria de difícil justificação, na medida em que o Tribunal Constitucional deveria contrapor razões de segurança jurídica e excepcional interesse social ao direito fundamental de liberdade.

Assim sendo, a menos que, mediante um processo ponderativo, o Tribunal Constitucional consiga legitimar a restrição imposta ao direito fundamental de liberdade – sem que essa restrição configure eliminação ao exercício do direito – entendemos que não haveria como impedir a aplicação do artigo 621 do Código de Processo Penal, ao menos no que toca aos efeitos penais da condenação. Dessa forma, contrariamente ao que ocorre em âmbito civil (nas hipóteses de título executivo judicial constituído com base em lei inconstitucional), a rescisão do julgado em que tenha havido condenação, fundada em lei inconstitucional desfavorável, não poderá ser obstaculizada, via de regra, pela declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*¹⁸².

¹⁸² Embora não analise o tema sob a ótica da modulação de efeitos, no sentido de impossibilidade de ressalva da coisa julgada quando a norma declarada inconstitucional resultar na aplicação de lei penal mais favorável, vale citar o posicionamento de Jorge Miranda no que toca à repristinação de lei penal mais favorável ao réu. Confira-se: “(...) se for declarada a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de certa lei penal e se, por causa disso, for repristinada (art. 281.º, n.º 1, da Constituição) ou vier a tornar-se aplicável uma lei de conteúdo mais favorável, será esta a que deverá efectivamente ser aplicada, inclusive se já tiver havido trânsito em julgado da sentença condenatória (e não havendo agora que distinguir entre lei incriminadora e lei definidora da pena ou medida de segurança). Por conseguinte, não será ressalvado o caso julgado quando a norma declarada inconstitucional ou ilegal respeitar a matéria penal (...)”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI. *Op. cit.*, p. 282.

3.3 Modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle incidental.

O controle incidental ou difuso poderá ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal em todos os casos de sua competência originária (artigo 102, I, da Constituição Federal), bem como no julgamento de recursos ordinários (artigo 102, II). No mais das vezes, porém, é no julgamento de recursos extraordinários (artigo 102, III) que o Supremo irá exercer esse tipo de controle.

Nossa análise será centrada, portanto, na aplicabilidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 às decisões proferidas em controle incidental de constitucionalidade, notadamente nos casos em que há julgamento de recurso extraordinário. Desde logo, cabe ressaltar que a jurisprudência do Supremo tem apontado para possibilidade do emprego da técnica em tais hipóteses, ressaltando que “o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação de efeitos”¹⁸³.

A primeira questão que se coloca diz com a natureza do desvalor jurídico-constitucional da declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*. Por coerência ontológica e axiológica, deve ser mantido o valor negativo da nulidade. A norma legal que contraria dispositivo constitucional é nula, não se alterando sua natureza pelo fato de a nulidade haver sido reconhecida em sede de controle difuso. Apenas não se dá tal declaração com efeitos *erga omnes*, com a conseqüente retirada da norma eivada de vício do ordenamento jurídico, pois falta ao órgão jurisdicional, nesta sede, competência constitucional de rejeição¹⁸⁴. Tanto é que a inconstitucionalidade é reconhecida apenas na fundamentação, mas não no dispositivo da decisão. De se ressaltar que a competência para o controle

¹⁸³ AC 189-MC-QO, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-6-04, publicado no Diário de Justiça de 27-8-04 e decisão plenária proferida na medida cautelar em recurso extraordinário 2.859-7/SP, em que o Ministro ressalta que “a limitação de efeitos é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade”. Vide, ainda, decisão proferida no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 472.768. Ministro (a) Rel.: Joaquim Barbosa. Julgamento: 21.11.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em:

¹⁸⁴ “O controlo abstracto de normas pressupõe a separação entre *Prüfungsrecht* (‘direito de fiscalização’) e *Verwerfungskompetenz* (‘competência de rejeição’). O direito de fiscalização judicial é, no fundo, um poder-dever de todos os tribunais e que consiste em os juízes controlarem a validade das leis na sua aplicação ao caso concreto que lhes compete decidir (cfr. CRP, art. 203.º). A competência para rejeição das normas pressupõe a fixação, com efeitos gerais, da inconstitucionalidade de uma norma, o que, naturalmente, implica um controlo concentrado num Tribunal. Cfr. Kelsen, ‘A garantia jurisdicional da Constituição’, in *Sub Judice*, 20/21 (2001), p. 9.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoria da constituição*. *Op. cit.*, p. 900.

concentrado é, ademais, matéria de direito estrito e assento constitucional.

Como visto no item II.3, o artigo 27 da Lei 9.868/99 faz pressupor um requisito formal para que o Tribunal Constitucional opere a modulação de efeitos, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade da norma. Deve-se questionar, portanto, se é possível estender tal preceito, pelo recurso à analogia, às decisões proferidas em controle difuso, à vista do exposto acima.

Conforme doutrina de Norberto Bobbio, “entende-se por analogia o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante”. Essa semelhança deve ser relevante, ou seja, fundada na mesma *ratio legis* (princípio da razão suficiente)¹⁸⁵.

Ora, parece-nos que a *ratio* do artigo 27 da Lei 9.868/99 consiste exatamente em possibilitar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sejam equiparados ao da lei nova que revoga lei anterior, haja vista que, em ambos os casos, haverá a retirada da norma do ordenamento jurídico com efeitos *erga omnes* (daí a expressão legislador negativo). Note-se que a revogação ocorre, notadamente, para o futuro, da mesma forma que se dá quando o Supremo Tribunal Federal modula os efeitos de sua decisão em controle abstrato. Por fim, a decisão proferida pelo Supremo em tais casos é dotada de generalidade e abstração, analisando-se a lei em tese e não na base de um caso concreto.

Entendida a questão desse modo, a modulação de efeitos no controle concreto não se justificaria, na medida em que a decisão proferida pelo Supremo operaria efeitos *inter partes* e *ex tunc*, até a edição da Resolução do Senado¹⁸⁶, retirando a norma do ordenamento jurídico. Observa-se que, nessas hipóteses, o nosso Tribunal Constitucional não atua como legislador negativo, não havendo, repita-se, exercício da competência de rejeição. O tema, no entanto, merece maior aprofundamento.

A princípio, deve-se fazer referência a eventuais violações ao princípio da isonomia, haja vista que a técnica da modulação é manejada, de ordinário, para que a decisão só produza efeitos a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (e não

¹⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. *Op. cit.*, p. 150-154.

¹⁸⁶ Na doutrina de Luís Roberto Barroso, a resolução do artigo 52, X, da Constituição Federal também teria efeitos *ex tunc*, embora registre que a matéria ainda é objeto de controvérsia doutrinária. O autor cita, inclusive, o Decreto Presidencial n.º 2.346, de 10/10/1997, de observância obrigatória apenas para a Administração Pública Federal direta e indireta, estabelecendo efeitos *ex tunc* para a resolução do Senado Federal, fundada no artigo 52, X. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. *Op. cit.*, p.111.

desde a origem). Ora, como visto, a decisão proferida em controle difuso terá, em regra, efeitos *inter partes*¹⁸⁷, sendo certo que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro ainda não conta com um mecanismo de vinculação das decisões do nosso Tribunal Constitucional nos moldes do *stare decisis*, cunhado pela doutrina norte-americana.

Dessa forma, pode haver casos em que a inconstitucionalidade venha a operar efeitos para partes que se encontram exatamente na mesma situação jurídica em momentos diversos, notadamente nos casos em que não for editada Resolução do Senado Federal suspendendo o ato normativo. Dois fatores, no entanto, devem ser considerados.

O primeiro deles diz com a própria redação do artigo 27 da Lei 9.868/99, segundo a qual o Supremo pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. A parte final do dispositivo autoriza o Supremo Tribunal Federal a fixar um marco temporal único a partir do qual as decisões de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso (por óbvio, em se tratando da mesma norma), produzirão efeitos, a fim de evitar soluções díspares para situações idênticas.

O segundo fator refere-se à crescente uniformização dos pronunciamentos da Corte Constitucional brasileira. Como bem adverte Patrícia Perrone, a eficácia *inter partes* das decisões proferidas em controle difuso sofre diversos temperamentos em nosso ordenamento, destacando-se: (i) a supressão do princípio da reserva de plenário, previsto no artigo 97, da Constituição Federal, nos casos em que houver julgamento do pleno do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais inferiores sobre a *vexata questio* constitucional (cf. artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Veja-se que basta a decisão do pleno, sem que seja necessária a existência de precedente firmado em controle concentrado); (ii) no controle de constitucionalidade *incidenter tantum* exercido em sede de ação coletiva, haja vista que, dada a natureza transindividual dos direitos envolvidos, a decisão acaba por atingir terceiros que não foram parte do processo (conforme artigos 18 da Lei 4.717/1965; 16 da Lei

¹⁸⁷ No mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. **Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)**. *Op. cit.*, p 54. “O reconhecimento incidental da inconstitucionalidade de uma norma, ainda quando pronunciado pelo Supremo, não tem por si só, eficácia *erga omnes*. Para o caso concreto ali julgado, a constatação da inconstitucionalidade produzirá, em princípio, efeitos *ex tunc* (cabendo também aqui a ressalva quanto à excepcional proteção de situações antes constituídas, conforme mencionado no item anterior). Todavia, não pode ultrapassar o objeto do processo em que se der. Trata-se de noção de há muito pacífica”.

7.347/1985 e 103 e 117 da Lei 8.078/1990)¹⁸⁸; e (iii) na relevância conferida pelo ordenamento à jurisprudência dominante ou súmula do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais Superiores¹⁸⁹.

Ao lado desses casos, não se pode deixar de destacar a reforma do Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional 45/2004. Dentre as mudanças promovidas sobressai a repercussão geral, introduzida como um dos pressupostos para admissibilidade do recurso extraordinário — além das súmulas vinculantes, as quais serão objeto de análise em capítulo posterior, ao lado das súmulas impeditivas de recurso.

Conforme artigo 102, parágrafo terceiro, da Constituição Federal

no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus

¹⁸⁸ “Ação Civil Pública e Controle Difuso (Transcrições). RCL 1.733-SP (medida liminar)* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina (...) A discussão em torno desse tema impõe algumas reflexões, que, por necessárias, apresentam-se indispensáveis à apreciação da controvérsia suscitada nesta sede processual. É inquestionável que a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, além de traduzir situação configuradora de abuso do poder de demandar, também caracterizará hipótese de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento - que encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (ARNOLDO WALD, ‘Usos e abusos da Ação Civil Pública - Análise de sua Patologia’, in Revista Forense, vol. 329/3-16; ARRUDA ALVIM, ‘Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação’, p. 152-162, vários autores, 1995, RT; HUGO NIGRO MAZZILLI, ‘A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo’, p. 115/116, item n. 7, 12ª ed., 2000, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, “Direito Constitucional”, p. 565/567, item n. 9.1.4, 7ª ed., 2000, Atlas; GILMAR FERREIRA MENDES, ‘Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade’, p. 396/403, item 6.4.2, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Ação Civil Pública”, p. 74/77, item n. 8, 2ª ed., 1999, Lumen Juris, v.g.) - reflete-se, por igual, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no entanto, somente exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública, quando, nela, o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo (RDA 206/267, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - Ag 189.601-GO (AgRg), Rel. Min. MOREIRA ALVES). Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. Incensurável, sob tal perspectiva, a lição de HUGO NIGRO MAZZILLI (“O Inquérito Civil”, p. 134, item n. 7, 2ª ed., 2000, Saraiva): ‘Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental. (...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas (...)’.” Decisão proferida na Reclamação 1733/SP. Julgamento em 24.11.2000. Noticiado no Informativo 212. No mesmo sentido, Rcl 600-SP, Rel. Min. Néri da Silveira; e Rcl 602-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 nov. 2008.

¹⁸⁹ Vide os poderes monocráticos do relator (artigos 544, §1º, e 557, *caput* e §1º-A do Código de Processo Civil), a súmula impeditiva de recursos (artigo 518, §1º, do Código de Processo Civil) e a recente Lei de Recursos Repetitivos. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 80-88.

membros¹⁹⁰.

Na própria definição do artigo 543-A, do Código de Processo Civil, a repercussão geral implica a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. A análise do mérito de determinado recurso extraordinário, portanto, necessariamente lidará com questões de interesse não somente das partes que compõem o processo em julgamento, mas de toda a coletividade, haja vista que, para admissão mesma do recurso, deverá ser demonstrada a repercussão geral.

Há que se considerar, outrossim, a discussão que ora se trava no seio do STF, acerca da possibilidade de atribuir-se à decisão proferida em controle difuso efeitos *erga omnes* e vinculantes, funcionando a resolução do Senado apenas para conferir publicidade ao julgado¹⁹¹. Veja-se, v.g., o julgamento da Reclamação 4.335/AC, em que o relator, Ministro Gilmar Mendes, aduziu que

a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada.

Para o Ministro, teria havido, no caso, mutação constitucional.

Não nos parece que o artigo 52, X, da Constituição Federal autorize a interpretação de que o Senado Federal seria mero órgão de publicidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda sob o fundamento de que teria havido mutação constitucional.

¹⁹⁰ O dispositivo foi regulamentado pela Lei 11.418, de 19 de novembro de 2006, que introduziu o artigo 543-A no Código de Processo Civil, com a seguinte redação: “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

¹⁹¹ Conforme Reclamação 4.335/AC, citada supra.

Pode-se argumentar que, quando da introdução do dispositivo, não havia previsão para a ação direta de inconstitucionalidade, haja vista que, por influência de Rui Barbosa, o Brasil havia adotado o sistema difuso de controle de constitucionalidade¹⁹². A ausência do *stare decisis* trouxe a necessidade de um mecanismo que garantisse a eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões proferidas pelo Supremo em controle incidental¹⁹³.

Fato é que o artigo 52, X, foi mantido nas constituições posteriores e é expresso ao dispor que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Assim sendo, entender que a resolução tem mera função de conferir publicidade à decisão acaba por promover uma mutação constitucional *contra legem*, atuando o Supremo como verdadeiro legislador positivo¹⁹⁴.

Dessarte, não podemos deixar de registrar nosso posicionamento de que considerar o Senado simples órgão de publicidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não nos parece ser a solução mais técnica (tampouco, a que melhor privilegia a independência e harmonia entre os Poderes da República). De forma velada, o Supremo acaba por instituir entre nós um *stare decisis* via interpretação constitucional.

A prevalecer esse entendimento, todavia, ocorrerá praticamente uma equiparação entre os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado e difuso. Esse fator, aliado aos mecanismos acima citados que favorecem a uniformização dos precedentes dos Tribunais, inclusive os inferiores – vide as súmulas vinculantes, impeditivas de recurso, o requisito da repercussão geral e os incidentes de uniformização de jurisprudência (artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil) – mitigariam, em larga medida, o caráter *inter partes* das decisões proferidas em controle difuso.

¹⁹² O modelo de controle difuso foi adotado na Constituição de 1891. Rui Barbosa defendia a adoção do sistema americano de controle de constitucionalidade, conforme se depreende da seguinte passagem: “A inconstitucionalidade não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute” (...). Prossegue o autor aduzindo que “o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política, não se deve pleitear por ação direta ou principal”. BARBOSA, Rui. **Trabalhos jurídicos**: os atos inconstitucionais do congresso e do executivo. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 81.

¹⁹³ O dispositivo foi introduzido, pela primeira vez, na Constituição de 1934 (artigo 91, IV).

¹⁹⁴ Sobre o tema, J.J. Gomes Canotilho, admitindo a transição constitucional ou mutações constitucionais silenciosas como um processo de revisão informal. “A necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariem os princípios estruturais (políticos e jurídicos da Constituição)”. Prossegue o autor: “Perspectiva diferente se deve adotar quanto às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na força normativa dos fatos, pretenda constitucionalizar uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a *constitutio scripta*.”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoria da constituição**. *Op. cit.*, p. 1228-1230.

A propensão, portanto, é que também as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade acabem por repercutir para toda a sociedade, em função dos mecanismos que induzem à uniformização e vinculatividade da jurisprudência produzida pelo nosso Tribunal Constitucional. Essa tendência será apenas reforçada, caso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal efetivamente se confirme pela possibilidade de retirada da norma impugnada do ordenamento jurídico a partir da própria declaração incidental de inconstitucionalidade, independente da existência de resolução do Senado.

Pode-se concluir, dessarte, que a aplicação analógica do artigo 27 em controle difuso de constitucionalidade restaria justificada pelo princípio da razão suficiente, qual seja, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso acabam por equiparar-se aos da lei nova que revoga lei anterior, repercutindo para além das partes no processo.

4 MODULAÇÃO DE EFEITOS E MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA

4.1 Mudança de jurisprudência. Análise do tema a partir da jurisprudência do STF

Fenômeno freqüente em recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a mudança de jurisprudência tem suscitado diversas questões, especialmente relacionadas à proteção da confiança legítima e à boa-fé dos jurisdicionados. Não raro, a Corte tem promovido modificações em precedentes jurisprudenciais de há muito consolidados, sem que seja possível às partes atingidas pela decisão se adaptarem aos novos entendimentos. O tema vem ganhando importância, especialmente no atual governo, face à alteração significativa da composição do nosso Tribunal Constitucional¹⁹⁵.

As implicações relativamente à dimensão temporal das decisões judiciais nessas hipóteses, especialmente em face da introdução da técnica da modulação temporal de efeitos em nosso ordenamento jurídico, serão objeto de análise no presente capítulo.

Primeiramente, iremos apreciar decisões emblemáticas e atuais do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, de forma a situar os principais argumentos contra e a favor da modulação de efeitos em tais casos. Após essa análise, será possível identificar as questões que julgamos fundamentais para balizar um possível emprego da técnica na mudança de precedente judicial.

Nosso ponto de partida, portanto, será dado a partir da mudança do precedente, não se perquirindo das causas que conduziram à sua modificação, como, v.g., aquelas decorrentes de

¹⁹⁵ No governo do Presidente Lula, foram nomeados sete dos atuais onze Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal.

mutação constitucional¹⁹⁶. Não se pode deixar de registrar, no entanto, a observação de Clèmerson Mèrlin Clève acerca da matéria, relativamente aos casos em que, em função de inconstitucionalidade superveniente ou inconstitucionalidade progressiva, o Supremo Tribunal Federal julga procedente uma dada ação declaratória de inconstitucionalidade.

Conforme o autor, deve-se chamar atenção para duas problemáticas relativamente à ação declaratória de inconstitucionalidade:

Primeira: caso seja admitida, entre nós, a inconstitucionalidade superveniente – em virtude de alteração na jurisprudência do STF ou disposição expressa –, então a pronúncia de nulidade não alcançará o ato impugnado desde o seu nascimento, mas sim, obviamente, a partir do momento em que a inconstitucionalidade manifestou-se, ou seja, a partir da edição (entrada em vigor) da norma paramétrica. Segunda: admitindo-se que a inconstitucionalidade pode decorrer de um processo (processo de inconstitucionalização) – um *iter* por meio do qual um ato normativo constitucional assume a configuração de inconstitucional, em virtude de alteração nas circunstâncias fáticas ou nas concepções que presidem a compreensão da Constituição (“mutação constitucional”) –, a eficácia retroativa da decisão atingirá apenas o período a partir do qual a norma constitucional passou a ser inconstitucional. Não há razão para que a decisão, neste caso, produza efeitos desde o nascimento do ato atacado¹⁹⁷.

De fato, não há sentido em conferir retroatividade à decisão declaratória de inconstitucionalidade em tais hipóteses, haja vista que a norma declarada inconstitucional não era incompatível com a Constituição no seu nascedouro. Destarte, nas hipóteses de inconstitucionalidade superveniente ou inconstitucionalidade resultante de um processo de inconstitucionalização, a modulação de efeitos é medida que se impõe, haja vista que não há sentido em fazer retroagir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para fulminar uma norma que não era inconstitucional na origem.

O problema que se coloca deve-se ao fato de que, muitas vezes, a mudança de jurisprudência não implica na declaração de inconstitucionalidade de um dado diploma

¹⁹⁶ Via de regra, a mutação constitucional se verifica em função da modificação da situação fática regulada pela norma. Para Karl Larenz, a alteração da situação normativa tem “importância proeminente” na interpretação judicial. Conforme o autor, “Trata-se a este propósito de que as relações fáticas ou usos que o legislador histórico tinha diante de si e em conformidade com os quais projetou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se ‘ajustar’ às novas relações”. O autor adverte, no entanto, que “uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda a modificação de relações acarreta, por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução – por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito – quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser ‘evidente’”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 495. Sobre o tema vide, FERRAZ, Ana Cândido da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. BULOS, Uadi Lamêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

¹⁹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. *Op. Cit.*, p. 256-257.

legislativo. É exatamente nesses casos que a *ratio legis* do artigo 27 da Lei 9.868/99 estará presente, em função da possibilidade de a alteração vir a lesar legítimas expectativas dos jurisdicionados. Aqui nos parece ser possível falar com segurança em analogia e silêncio eloqüente do legislador, especialmente se considerarmos que a jurisprudência, em determinadas hipóteses, poderá adquirir contornos de fonte primária do Direito. O tema será melhor compreendido a partir da análise de algumas decisões do STF que ocasionaram significativa modificação em entendimentos assentados daquela Corte.

Principia-se pela decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da fidelidade partidária. Trata-se de três mandados de segurança impetrados pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, pelo Partido Popular Socialista - PPS e pelo Partido Democratas - DEM (antigo Partido da Frente Liberal - PFL)¹⁹⁸, em face de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que indeferira requerimento por eles formulado — no sentido de declarar a vacância dos mandatos exercidos por Deputados Federais que se desfilaram dessas agremiações partidárias.

O requerimento foi indeferido sob o argumento de que não figurava a hipótese de mudança de filiação partidária entre aquelas expressamente previstas no parágrafo primeiro, do artigo 239, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que trata da renúncia de deputado ao mandato eletivo¹⁹⁹.

Conforme decisão proferida pelo STF no *mandamus* impetrado pelo PSDB,²⁰⁰ a impetração fora “motivada pela resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral - TSE à Consulta 1.398/DF na qual reconheceu que os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, se, não ocorrendo razão legítima que o justifique, registrar-se ou o cancelamento de filiação partidária ou a transferência para legenda diversa, do candidato eleito por outro partido”.

O Tribunal deferiu o *writ*, entendendo correta a tese afirmada pelo TSE. Em sua

¹⁹⁸ Confira-se o MS 26602/DF, rel. Min. Eros Grau; MS 26603/DF, rel. Min. Celso de Mello; e MS 26604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia. Noticiado no Informativo 482. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 nov. 2009.

¹⁹⁹ “Art. 239. A declaração de renúncia do Deputado ao mandato deve ser dirigida por escrito à Mesa, e independe de aprovação da Câmara, mas somente se tornará efetiva e irrevogável depois de lida no expediente e publicada no Diário da Câmara dos Deputados. § 1º Considera-se também haver renunciado: I - o Deputado que não prestar compromisso no prazo estabelecido neste Regimento; II - o Suplente que, convocado, não se apresentar para entrar em exercício no prazo regimental.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 24 nov. 2009.

²⁰⁰ Os mandados de segurança impetrados pelos demais partidos foram indeferidos, sob o principal argumento de que a matéria deveria ser submetida ao devido processo legal perante o Tribunal Superior Eleitoral, dadas as peculiaridades do caso concreto.

decisão, reafirmou a essencialidade dos partidos políticos no regime democrático, a importância do postulado da fidelidade partidária, o alto significado das relações entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe, o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional e as relações de recíproca dependência entre o eleitor, o partido político e o representante eleito. O caráter partidário das vagas seria extraído, diretamente, da norma constitucional que prevê o sistema proporcional, no caso, o artigo 45 da Constituição Federal. Conforme o STF, nesse sistema, a vinculação entre candidato e partido político prolonga-se depois da eleição, de tal sorte que o ato de infidelidade, seja ao partido político, seja ao próprio cidadão-eleitor, representaria uma inadmissível ofensa ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder²⁰¹.

Na decisão afirma-se ainda, expressamente, que

o direito reclamado pelos partidos políticos afetados pela infidelidade partidária não surgiria da resposta que o TSE dera à Consulta 1.398/DF, mas representaria emanção direta da própria Constituição que a esse direito conferiu realidade e deu suporte legitimador, notadamente em face dos fundamentos e dos princípios estruturantes em que se apóia o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, I, II e V).

O problema da infidelidade partidária constitui, de fato, uma grave distorção no sistema proporcional. Aliado à multiplicidade de partidos políticos, favorece barganhas políticas no Parlamento brasileiro e a troca de favores, dificultando a formação de maiorias parlamentares homogêneas que possam atuar de forma coordenada com as políticas que o Executivo deseje implementar.

A matéria é objeto de análise aprofundada por Luís Roberto Barroso, que identifica

²⁰¹ “Quanto ao sistema de representação, ele pode ser majoritário e proporcional. Pelo sistema majoritário, considera-se eleito o candidato que obtenha a maior soma de votos sobre os seus competidores. Pode ser acompanhado da regra da maioria absoluta, se for exigido que o candidato ou partido reúna em seu prol a metade e mais um dos votos da circunscrição ou distrito eleitoral. O sistema majoritário por maioria relativa considera suficiente disponha o candidato ou partido de votos superiores aos seus competidores, mesmo que os votos que lhes forem contrários, atribuídos aos demais candidatos das diferentes correntes, ultrapassem, quando somados, à votação que obteve o vencedor. Pelo sistema proporcional, fica assegurada a predominância da maioria. A eleição proporcional é uma conquista que vem completar o sufrágio universal para elevar as bases democráticas do processo político. Duas são as técnicas que podem ser adotadas para a representação proporcional: do número uniforme e do quociente eleitoral. Na primeira, fica estabelecido previamente, através da lei, um número de votos correspondentes a cada vaga pelas diferentes circunscrições. (...) Já o sistema proporcional através do quociente eleitoral consiste em que as vagas sejam distribuídas através de operações aritméticas sucessivas, determinando-se inicialmente o quociente eleitoral e depois o quociente partidário, correspondendo o resultado ao número de vagas obtidas por cada partido (art. 109 do Código Eleitoral). No Brasil, vigora o sistema majoritário, através da maioria absoluta para as eleições de Presidente e Vice, Governador e Vice, Prefeito e Vice (arts. 2º e 3º da Lei 9.504/97) e para Senadores (art. 46 da Constituição Federal). Para Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores vigora o sistema proporcional através da determinação do quociente eleitoral (art. 5º da Lei 9.504/97, que modificou a redação do parágrafo único do art. 106 do Código Eleitoral c/c arts. 105 a 113 desse último Diploma Legal)”. MICHELS, Vera Maria Nunes. **Direito eleitoral**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 29.

dois aspectos da infidelidade partidária: a não observância das diretrizes partidárias nas votações em plenário; e a migração de parlamentares de um partido para o outro, destacando que o ordenamento jurídico brasileiro não veda nenhuma dessas práticas. A própria Constituição Federal remete a regulação da matéria para o estatuto dos partidos (art. 17) e não contempla a hipótese de perda de mandato (art. 55) ou de cassação de direitos políticos (art.15) para os casos de infidelidade partidária. Ao lado do problema da infidelidade, o autor reconhece que o sistema multipartidário, além de agregar complexidade às campanhas eleitorais, enfraquece os partidos políticos ao limite do descrédito, em função da proliferação de partidos de aluguel, que servem apenas como “cartório para registrar candidaturas personalistas”. Como se não bastasse, a existência de agremiações heterogêneas, voltadas para satisfação de interesses eleitorais ou privados, prejudica a governabilidade²⁰².

No entanto, a despeito dos méritos na busca por uma moralização do sistema partidário, parece-nos que a decisão do STF, claramente, cria hipótese de perda de mandato não prevista no artigo 55 da Constituição Federal²⁰³ – embora a argumentação utilizada pelo Tribunal tenha caminhado no sentido de que não se tratava de perda de mandato,

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. Sistema partidário: fidelidade partidária e limitações à pulverização dos partidos políticos. In: _____. **A reforma política**: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. Disponível em: <<http://www.institutoideias.org.br>>. Acesso em: 20 jan. 2009. Apreciação bastante interessante acerca das relações entre Executivo e Parlamento é realizada também por Bruce Ackerman em seu artigo *The New Separation of Powers*. O autor analisa as vicissitudes dos sistemas presidencialistas e as vantagens da possível adoção de um sistema parlamentar, com as devidas limitações. Sobre a questão da crise de governabilidade, identifica um ciclo vicioso que pode levar à ruptura do regime democrático. Confirma-se: “Once the crises begins, it gives rise to a vicious cycle. Presidents break legislative impasses by “solving” pressing problems with unilateral decrees that often go well beyond their formal constitutional authority; rather than protesting, representatives are relieved that they can evade political responsibility for making hard decisions; subsequent presidents use these precedents to expand their decree power further; the emerging practice may even be codified by later constitutional amendments. Increasingly, the house is reduced to a forum for demagogic posturing, while the president makes the tough decisions unilaterally without considering the interests and ideologies represented by the leading political parties in congress. This dismal cycle is already visible in countries like Argentina and Brazil, which have only recently emerged from military dictatorships. A less pathological version is visible in the homeland of presidentialism, the United States”. (Uma vez que a crise se inicia, ela dá lugar a um ciclo vicioso. Os Presidentes quebram os impasses legislativos, solucionando questões prementes com decretos unilaterais que freqüentemente vão muito além de sua atribuição constitucional formal; ao invés de protestar, os membros do legislativo ficam aliviados pelo fato de escapar da responsabilidade política relativa à tomada de decisões difíceis; como consequência, os presidentes usam esses precedentes para expandir ainda mais seu poder regulamentar; a prática recorrente pode inclusive ser legalizada por emendas constitucionais posteriores. Pouco a pouco, a casa legislativa é reduzida a um fórum de postulações demagógicas, enquanto o presidente toma as decisões difíceis unilateralmente, sem considerar os interesses e ideologias representados pelos partidos políticos com maioria no Congresso. Esse ciclo sombrio já é visível em países como Argentina e Brasil, os quais apenas recentemente emergiram de ditaduras militares. Uma versão menos patológica é visível na casa do presidencialismo, os Estados Unidos). O autor prossegue esclarecendo que o problema se torna ainda mais grave no caso de presidentes carismáticos que atuam em um cenário de representação proporcional multipartidária, em que a dificuldade de organização de uma coalizão majoritária conduz esses partidos ao bloqueio da agenda presidencial, sem conseguir apresentar propostas alternativas coerentes. Como resultado, um presidente carismático, confiando no respaldo popular, poderá ter maior facilidade em instalar um regime ditatorial. ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. **Havard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 646-657, jan. 2000.

²⁰³ Esse foi um dos argumentos levantados pelos votos vencidos, que indeferiram o *writ*.

mas de reconhecimento de inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo, como efeito sistêmico-normativo da realização histórica da hipótese de desfiliação ou transferência injustificada, entendida como ato culposo incompatível com a função representativa do ideário político em cujo nome o parlamentar foi eleito.

A decisão suscita debates acerca do princípio da separação de poderes relativamente à atuação do Tribunal Constitucional, especialmente se considerarmos que, pela via de interpretação judicial, foi criada uma sanção que não encontrava previsão quer na lei, quer na Carta Magna. Por ora, é importante assinalar, apenas, que, ainda que se considere que a perda do mandato eletivo em caso de infidelidade partidária possa ser extraída do sistema constitucional, afigura-se incontroverso que se trata de hipótese não prevista de forma expressa no ordenamento jurídico. E mais: contraria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria, conforme precedentes firmados até então.

O fato foi reconhecido pela própria Corte, que procedeu à modulação temporal de efeitos da decisão ao argumento de que teria havido mudança substancial da jurisprudência acerca do tema, que havia se consolidado no sentido da inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados. O marco temporal a delimitar o início da eficácia do pronunciamento foi fixado tomando-se a data da decisão proferida pelo TSE ao apreciar a Consulta 1.398/DF. O fundamento suscitado, além do recurso à fórmula genérica da segurança jurídica, foi de que, a partir desse momento, “tornara-se veemente a possibilidade de revisão jurisprudencial, especialmente por ter intervindo, com votos concorrentes, naquele procedimento, três Ministros do Supremo”.

É interessante notar que o fundamento utilizado pelo Tribunal – de que a partir da decisão do TSE se tornara veemente a possibilidade de revisão jurisprudencial –, aparentemente contraria a tese da estabilidade do precedente. Quer-se dizer com isso que, via de regra, a modulação tem como fundamento a confiança do jurisdicionado na estabilidade do precedente, e não o inverso.

Finalmente, destaca-se que a decisão proferida no indigitado mandado de segurança opera efeitos *inter partes* e não envolve sequer o controle difuso de constitucionalidade – e, por óbvio, tampouco implica em declaração de inconstitucionalidade por via de controle concentrado.

Por sua vez, a decisão relativa à possibilidade de creditamento do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, em caso de alíquota zero, isenção e não incidência, que será objeto de nossa análise a seguir, evidencia o caráter assistemático e contraditório com que o STF vem tratando a modulação de efeitos em sede de mudança de jurisprudência.

A União sustentava, em síntese, que os tributos sujeitos à alíquota zero ou não tributados não gerariam direito de crédito para o contribuinte. Note-se que, pela regra constitucional da não-cumulatividade, o adquirente de um produto pode compensar o custo tributário da fase anterior no momento em que se verifica a incidência vinculada a esse adquirente.

A questão suscitava grande debate na doutrina, especialmente em razão do disposto no artigo 155, § 2º, II, “a”, da Constituição Federal de 1988, que, ao tratar do ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – cuja sistemática de arrecadação é a mesma –, determina que a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes.

A matéria havia sido pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, que assentara o direito de crédito do IPI especificamente em caso de alíquota-zero e não somente de isenção, conforme precedente firmado no RE 212.484 (vide Recursos Extraordinários números 350446, 353668, 357277 e 358493). No entanto, em julgamentos concluídos recentemente (RE 353657/PR e RE 370682/SC), o STF alterou sua jurisprudência para afirmar a impossibilidade de creditamento.

Um dos argumentos utilizados pela Corte foi o advento da Lei 9.779/99 que, em seu artigo 11, possibilitou ao fabricante do produto favorecido com a alíquota zero creditar-se do custo embutido no insumo, através dos mecanismos estabelecidos nos artigos 73 e 74 da Lei 9.430/96, não sendo mais necessário o repasse daquele custo à fase subsequente²⁰⁴.

Ao que parece, a alteração legislativa contribuiu para mudança de entendimento do STF, que, ao final, firmou o precedente no sentido de que a não-cumulatividade, salvo previsão em contrário da Constituição Federal, pressupõe tributo devido e recolhido nas fases anteriores. Com a inovação trazida pela Lei 9.779/99, não haveria carga tributária incorporada ao insumo, a qual poderia ser aproveitada como crédito perante o Poder Público. Além disso, o Tribunal entendeu que, na hipótese de não-tributação e alíquota zero, ao contrário do que ocorre na isenção, não existe o elemento quantitativo do fato gerador, não sendo possível estabelecer uma alíquota parâmetro para o creditamento.

²⁰⁴ Conforme voto do Ministro Gilmar Mendes “esse industrial passou a ter efetivamente um duplo favorecimento. Primeiro, o da própria alíquota zero. Segundo, a possibilidade de eliminar do custo do seu produto a carga tributária incorporada em seu insumo”.

Em função da mudança de jurisprudência operada, o Min. Ricardo Lewandowski suscitou questão de ordem para que se concedesse efeitos prospectivos à decisão. Conforme consta do Informativo 473, o Ministro “ressaltou que o STF, ao proceder, em casos excepcionais, à modulação dos efeitos de suas decisões, por motivos de segurança jurídica ou de relevante interesse social, realiza a ponderação de valores e de princípios abrigados na própria Constituição”. Para o Ministro, os mesmos fundamentos que autorizam a modulação dos efeitos das decisões prolatadas nos processos de índole objetiva se aplicam aos processos de índole subjetiva. Registrou, ainda, o fato de que o Plenário do STF havia se manifestado anteriormente de forma favorável ao creditamento do IPI, sendo certo que, com base nesse entendimento, várias decisões haviam sido tomadas, no STF, no STJ e, ainda, nos Tribunais Regionais Federais.

O Tribunal conheceu da questão de ordem, mas rejeitou a modulação²⁰⁵, sob o argumento principal de que, na hipótese, não teria havido declaração de inconstitucionalidade que autorizasse a aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99. Cumpre pôr em relevo, como já observado em outros casos, a falta de uniformidade por parte do Supremo Tribunal Federal no manejo da modulação: no caso do IPI, não a aplicou por não haver declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, adotando a técnica, todavia, ao apreciar a questão da fidelidade partidária, ocasião em que, igualmente, não restou acoimada a inconstitucionalidade de qualquer norma.

Outrossim, embora alguns Ministros admitissem a possibilidade teórica de se conferir

²⁰⁵ Conforme noticiado no Informativo 473, “asseverou-se, em relação ao RE 353657/PR, a inadequação da questão de ordem, tendo em conta que, ante o julgamento do recurso extraordinário, restara indeferido o mandado de segurança, cujo pedido se limitara ao período de janeiro de 1996 a agosto de 1998. Assim, a modulação implicaria indevido ganho de causa ao contribuinte, considerado o período transcorrido até 15 de fevereiro de 2007, data do provimento do recurso da União, e eficácia do pronunciamento a partir de então (...) quanto ao RE 370682/SC, entendeu-se que a situação concreta não seria favorável à observância, por analogia, do disposto no artigo 27 da Lei 9.868/99, haja vista que, além de sua aplicação reclamar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o que não ocorrera na espécie, a fixação de um termo inicial de vigência do entendimento do Plenário resultaria em mitigação da Constituição Federal e injustiça, porquanto os contribuintes que ingressaram em juízo obteriam o direito ao crédito retroativamente aos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação, enquanto que os que assim não procederam restariam prejudicados, considerada a incidência dos institutos da prescrição e da decadência. Aduziu-se, ademais, no que tange à segurança jurídica, que o tema sobre o creditamento não chegara a ser pacificado no Tribunal, porquanto os acórdãos nos quais fora reconhecido o direito ao crédito ainda não teriam transitado em julgado, e que, nos casos em que o Plenário fixara como termo inicial da eficácia a data do julgamento, fora proclamada a inconstitucionalidade do diploma legal em causa. Afirmou-se que a segurança jurídica estaria na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizados, dando-se primazia à Constituição Federal e exercendo o Supremo o papel de preservar esta e os princípios que a ela são ínsitos, como o da razoabilidade e do terceiro excluído. Os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, afirmando se tratar de virada jurisprudencial e não de aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99, admitiram a possibilidade teórica de se conferir prospectividade a decisões plenárias quando configurada a revisão substancial da jurisprudência, mediante decisão transitada em julgado, o que, entretanto, verificaram não ter se dado na hipótese”. Informativo 473. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 nov. 2008.

prospectividade a decisões plenárias quando configurada a revisão substancial da jurisprudência, a ausência de trânsito em julgado das decisões proferidas nos processos que teriam servido à formação do precedente anterior significava que a matéria não tinha sido pacificada pelo Tribunal. Assim sendo, não teria havido violação à segurança jurídica.

Em parecer específico sobre o tema, Luís Roberto Barroso, após distinguir decisões meramente interpretativas e decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, assevera que a mudança de jurisprudência ocasionada pelas primeiras constitui um *minus* relativamente à declaração de inconstitucionalidade. Assim, se na hipótese extrema de declaração de inconstitucionalidade admite-se a modulação, com maior identidade de razão deveria ser admitida em casos de meras decisões interpretativas²⁰⁶.

No que se refere à ausência de trânsito em julgado, observa-se que os recursos extraordinários interpostos pela União haviam sido rejeitados pelos respectivos relatores, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, exatamente porque se encontravam desconformes com jurisprudência dominante do Tribunal. Assim sendo, a ausência de trânsito em julgado, ao menos nos casos concretos que serviram de parâmetro para mudança de jurisprudência, se dera em função da interposição de agravo regimental e embargos de declaração, exatamente porque o STF, através de um de seus órgãos (no caso, o Ministro relator), havia reafirmado a correção da jurisprudência anterior.

De se anotar, portanto, a posição no mínimo contraditória do nosso Tribunal Constitucional nos casos apreciados: ao mesmo tempo em que considera a existência de jurisprudência dominante acerca do creditamento do IPI tributado à alíquota zero – ao ponto de os relatores negarem seguimento liminar aos recursos interpostos pela União com base no artigo 557 do Código de Processo Civil –, em momento seguinte nega a possibilidade de modulação de efeitos por entender imprescindível para a caracterização de um precedente consolidado o trânsito em julgado da decisão.

Das duas uma: ou não se caracteriza jurisprudência dominante antes que o Supremo Tribunal Federal tenha se pronunciado em caráter definitivo acerca de determinado tema, seja em controle difuso, seja em controle concentrado (e, nesse caso, não se poderia aplicar o artigo 557 antes do trânsito em julgado); ou a formação de um precedente consolidado

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

independe do trânsito em julgado e, nesse caso, a modulação se impõe mesmo quando ainda não haja coisa julgada.

Por todo exposto, no caso em testilha, diante da postura do Tribunal que, em um primeiro momento, negou seguimento aos recursos extraordinários interpostos pela União, afirmando ao jurisdicionado que havia jurisprudência dominante acerca da matéria, parece-nos que a modulação deveria ter sido deferida, em função do respeito aos princípios da segurança jurídica e proteção da confiança.

Decisão interessante, ainda, foi a proferida no HC 82.959-SP. No caso, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, que vedava a progressão de regime no caso de crimes hediondos, cuja pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, em uma releitura do princípio da individualização da pena, alterando jurisprudência já consolidada havia vários anos por aquela Corte Constitucional²⁰⁷. No acórdão, o Tribunal ressaltou que a decisão não geraria conseqüências jurídicas para as penas já extintas, pois apenas implicaria no afastamento da norma considerada inconstitucional, sem prejuízo da análise casuística a ser levada a cabo nas instâncias ordinárias.

À primeira vista, não há que se falar propriamente em modulação, a qual pressupõe que a lei declarada inconstitucional efetivamente produza efeitos por um dado período de tempo. Veja-se: em relação às penas já extintas, seria despicienda a modulação, haja vista que se cuida de fato consumado no tempo, incapaz de ser alcançado por eventual pronúncia de nulidade com efeitos *ex tunc*.

No que concerne às penas em curso, o Tribunal não poderia, em função da decisão que modificou sua jurisprudência para considerar inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, determinar a imediata progressão de regime para todos aqueles que estivessem cumprindo pena pelo cometimento de crime hediondo. Tal se dá por força do previsto no artigo 112 de Lei de Execuções Penais, regra geral relativa à progressão de regime que

²⁰⁷ “Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, “*incidenter tantum*”, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 nov. 2008.

determina caber ao Juízo da execução penal, mediante dilação probatória, a aferição do bom comportamento carcerário a justificar a progressão.

É por esse motivo que o Tribunal ressalva que a decisão tem apenas o condão de

*afastar o óbice do regime fechado imposto – o que, por consequência, afasta a regra especial da Lei de Crimes Hediondos, tornando aplicável a regra geral acerca do tema, no caso, o artigo 112 da LEP –, cabendo ao Juízo das Execuções, como entender de direito, analisar a eventual presença dos demais requisitos da progressão*²⁰⁸.

A decisão, no entanto, mostra-se interessante, visto que um dos argumentos utilizados pelo STF relacionou-se ao fato de que a atribuição de efeitos retroativos ao novo precedente firmado traria consequências danosas à Administração da Justiça. No caso, mais especificamente, os possíveis danos seriam causados ao erário, em função da grande quantidade de pedidos de indenizações que poderiam advir se fosse conferido caráter retroativo à decisão.

De fato, a única hipótese em que se visualiza um efeito prático para modulação seria relativamente a eventual responsabilidade civil do Estado, em que caberia ao condenado que cumpriu sua pena integralmente em regime fechado provar que teria feito jus à progressão de regime, gerando um dever de indenizar por parte do Estado, fato que dependeria de dilação probatória.

Dessarte, ao proferir sua decisão, o Supremo realiza uma ponderação preocupada com as repercussões financeiras da decisão, sendo certo que o direito fundamental de liberdade não estava ameaçado²⁰⁹: quanto às penas cumpridas, o apenado já estava em liberdade; e quanto às penas em curso, levantado o óbice legal à progressão por crimes hediondos, caberia ao Juízo

²⁰⁸ Vide Habeas Corpus 82.959-7/SP. Ministro (a) Rel.: Marco Aurélio. Julgamento: 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 dez. 2008.

²⁰⁹ Contrariamente, a Suprema Corte Americana, após o julgamento do famoso *Miranda Case* (MIRANDA v. ARIZONA, 384 U.S. 436 (1966)), acabou por contrapor interesses da Administração da Justiça ao direito fundamental de liberdade. No caso, a Corte fixou os denominados “*Miranda rights*”, quais sejam, os direitos a serem lidos a eventual acusado por ocasião de sua prisão e interrogatório, destacando-se o direito a não auto-incriminação e o direito de permanecer em silêncio. Pois bem, em julgamento posterior, no denominado *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719 (1966), a Corte fixou entendimento de que o precedente firmado no caso *Miranda* se aplicaria somente aos julgamentos iniciados após a publicação da decisão. A Corte vai mais além, afirmando que a escolha entre retroatividade e irretroatividade de forma alguma se relaciona ao valor da garantia constitucional envolvida (“the choice between retroactivity and nonretroactivity in no way turns on the value of the constitutional guarantee involved”); e, ainda, que cada regra constitucional de procedimento criminal tem suas próprias funções, seu próprio histórico de precedentes e seu próprio impacto na administração da justiça, e a forma como esses fatores se combinam deve necessariamente variar conforme as prescrições envolvidas. (“Each constitutional rule of criminal procedure has its own distinct functions, its own background of precedent, and its own impact on the administration of justice, and the way in which these factors combine must inevitably vary with the dictate involved”). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

da VEP apreciar seu imediato cabimento, à luz dos requisitos legais do artigo 112 da LEP (quantitativo e qualitativo). Logo, a modulação, para fins de execução penal, não ocorreu nem poderia ser feita, conforme visto acima. Apenas para resguardar a responsabilidade civil do Estado, em homenagem ao erário federal e estadual, ela se justificava²¹⁰.

Registre-se, ainda, que, posteriormente à decisão do Supremo, a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, veio alterar o artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, conferindo a seguinte redação ao parágrafo segundo do dispositivo: “a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

Ora, quando do advento da Lei nova, já havia sido exercida a competência de rejeição pela Corte Constitucional, ou seja, expungida do ordenamento a suposta norma especial, restando incólume a geral.

Observe-se que a alteração promovida na Lei de Crimes Hediondos veio a configurar disposição mais gravosa do que aquela contida no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, que exige o cumprimento de apenas um sexto da pena e o bom comportamento carcerário para concessão do benefício da progressão de regime. A primeira conclusão que se extrai é a de que não poderia a lei nova, sem grave ofensa à Constituição, retroagir para alcançar ilícitos penais praticados antes de sua entrada em vigor.

Assumindo que o Supremo Tribunal Federal efetivamente modulou sua decisão (ainda que apenas para resguardar interesses do erário), então a Lei 8.072/90 efetivamente produziu efeitos por certo período, derogando a LEP (ao estabelecer regime especial de vedação de progressão de regimes para crimes que etiquetou como hediondos). Assim, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, o STF ripristinou a LEP

²¹⁰ Veja-se interessante trecho da ata de julgamento do *Habeas Corpus* 82.959-7/SP, corroborando as conclusões supra: “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Senhor Presidente, como relator, apenas ressalto que empresto à declaração de constitucionalidade eficácia *ex tunc* quanto às conseqüências penais, não o fazendo sob ângulo patrimonial. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu parti da premissa, foi todo o desenvolvimento do meu voto, no sentido de que declaramos essa lei inicialmente constitucional – não há dúvida em relação a isso -, e muitas penas se extinguíram segundo esse regime. A Constituição cogita de responsabilidade civil do Estado, ou por erro judicial, ou por prisão excessiva, até mesmo. É uma das hipóteses claras de responsabilidade civil do Estado, por conta desse aspecto. Daí eu ter ressaltado que o efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão. O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Proporia ao eminente Relator que deixássemos claro que a decisão não se aplica a eventuais conseqüências jurídicas às penas extintas. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É exatamente esse o objetivo. O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Se os Colegas concordarem gostaria de explicitar, como já foi feito pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que, na verdade, não estamos decidindo o caso concreto, estamos decidindo o regime da progressão ou não do sistema. O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Temos de comunicar ao Senado”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

a partir de certo marco temporal, passando a ser exigível, desde então, um sexto de cumprimento de pena para a progressão de regime.

A Lei 11.464/07, portanto, ao alterar o §1º do artigo 2º, da Lei 8.072/90, atuou sobre norma já excluída do ordenamento a partir de certa data, constituindo uma inovação relativamente à LEP. Àquela altura, a LEP já havia passado a ser aplicada em função da decisão do Pretório Excelso aos crimes hediondos. Por conseguinte, tem-se que a Lei 11.464/07 efetivamente derogou a LEP, sendo mais gravosa que esta ao exigir dois quintos ou três quintos para progressão de regime – e, portanto, irretroativa para alcançar fatos praticados antes de seu advento.

Em suma, a revogação parcial da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 foi meramente aparente, pois não se pode revogar o que não existe. Ora o §1º, do artigo 2º, da Lei de Crimes Hediondos tornou-se nulo e írrito a partir do marco temporal fixado pela modulação de efeitos, já havendo sido excluído do ordenamento jurídico quando do advento da Lei 11.464/07²¹¹.

Por derradeiro, deve-se registrar que eventual mudança de jurisprudência em matéria penal não poderia se dar em prejuízo do réu, sob pena de violação do princípio da retroatividade da lei penal e da confiança nas manifestações dos Tribunais. A observação é de Juarez Cirino dos Santos, para quem a mudança de jurisprudência em prejuízo do réu equivale à retroatividade da lei penal *in mala parte*. A norma inserta no artigo 5º, XL, da Constituição Federal incluiria os casos em que houvesse jurisprudência firme em relação ao autor do delito. Para o citado doutrinador, em tais hipóteses, “a confiança da jurisprudência equivale à confiança na lei”²¹².

Finalmente, não se pode deixar de apontar a decisão proferida no julgamento do

²¹¹ No sentido do texto, vide a decisão proferida pelo STF no julgamento do Habeas Corpus n.º 91.631: “No mérito, enfatizou-se que a defesa objetivava, também, a não submissão do paciente às regras estabelecidas pela Lei 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, e não a mera superação do empecilho à progressão. Asseverou-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade do óbice à progressão de regime contido na redação original do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90 impediria que esse dispositivo legal fosse utilizado como “parâmetro de comparação” para o exame da norma penal aplicável ao caso. Assim, afirmou-se que essa verificação deveria ocorrer a partir da apreciação das demais normas validamente existentes no ordenamento jurídico e que tiveram vigência desde a prática do fato pelo qual o paciente fora condenado, a saber: a LEP e a Lei 11.464/2007, que entrou em vigor posteriormente, em 29.3.2007. Aduziu-se, entretanto, que esta última, no ponto em que disciplinou a progressão de regime, estabeleceu lapsos temporais mais gravosos do que os anteriormente fixados na LEP, constituindo-se, pois, verdadeira *novatio legis in pejus*. Concluiu-se, nesse sentido, que se o fato ocorreu antes de 29.3.2007, como na espécie, incidem as regras previstas na LEP, exigindo-se para a progressão, o cumprimento de, ao menos, 1/6 da pena (LEP, art. 112)”. Habeas Corpus n.º 91.631/SP. Ministro (a) Rel.: Carmem Lúcia. Julgamento: 16.10.2007. Noticiado no Informativo n.º 484. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jan. 2009.

²¹² SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**. *Op. cit.*, p. 55.

Conflito de Competência 7204/MG. Na ementa do julgado, se esclarece que

numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros (...) Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores.

No entanto, alegando “imperativo de política judiciária” face o elevado número de ações que tramitavam nas instâncias ordinárias, bem como “o relevante interesse social em causa”, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista seria o advento da EC 45/04, a qual teria explicitado a competência da Justiça Laboral. O mais interessante do julgado refere-se ao fato de que a própria Corte declara que, como guardião maior da Constituição Republicana deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos. O objetivo seria exatamente “preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto”²¹³.

Trata-se, portanto, de um caso em que houve alteração de jurisprudência, no exercício de competência originária, sem mudança formal do texto da Constituição, como ressalva o próprio Supremo.

Em vista dos julgados acima apreciados, é possível suscitar algumas questões relativas à mudança de jurisprudência: *(i)* qual o papel que a jurisprudência exerce atualmente em nosso sistema, ou, melhor dizendo, quando é possível afirmar que a modificação de jurisprudência equivale a uma verdadeira alteração legislativa, a afetar a segurança jurídica ou o interesse público dos jurisdicionados?; *(ii)* é possível proceder-se à modulação de efeitos na mudança de jurisprudência ainda que não tenha havido a declaração de inconstitucionalidade de um dado diploma legislativo?; e, finalmente, *(iii)* concluindo-se pela possibilidade de modulação no caso de mudança de jurisprudência, quais requisitos deverão balizar a atuação do Supremo Tribunal Federal? São essas as questões a que nos propomos debater no capítulo subsequente.

²¹³ Noticiado no Informativo 412. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jan. 2009.

4.2 Jurisprudência: fonte primária do Direito?

A interpretação jurídica, modernamente, é concebida como um processo de caráter dúplice. A concepção positivista tradicional, segundo a qual a norma jurídica se obtém tendo em conta exclusivamente as exigências do direito positivo mostra-se superada. A observação é de Gustavo Zagrebelsky, para quem a interpretação possui um caráter bipolar, baseada em uma concepção prática que busca encontrar a norma adequada não só ao ordenamento jurídico, mas ao caso concreto²¹⁴. Mediante esse processo, a lei impessoal, abstrata e geral transforma-se em norma interpretada e aplicada.

Se a separação de poderes funciona como garantidora da legalidade (assegurada pela divisão de funções) e da imparcialidade (assegurada pela divisão de órgãos)²¹⁵, não havendo perdido seu valor como instrumento de limitação do poder político e garantia dos direitos individuais em face do arbítrio do Estado, também é verdade que o modelo de separação estanque é uma construção doutrinária superada. De fato, houve o esgotamento da finalidade histórica desse modelo, que consistia exatamente em assegurar os direitos da burguesia emergente, notadamente a liberdade e a propriedade, como já assinalava Victor Nunes Leal²¹⁶.

²¹⁴ “Según la concepción práctica del derecho, en cambio, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento. En esta definición se puede de relieve el carácter “bipolar” de la interpretación y se indica su vocación para conjugar ambas vertientes hasta hacerlas coincidir en un resultado satisfactorio para ambas. El intérprete no está a servicio exclusivo ni de una ni de otra, sino, en todo caso, de las dos a la vez, manifestando así una cierta autonomía frente a cada una de ellas que deriva del vínculo que lo hace depender de la otra”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. *Op. cit.*, p. 133.

²¹⁵ “Mais precisamente, a distinção das funções, que significa a dependência da função executiva e da função judiciária em relação à função legislativa, serve para garantir o princípio da legalidade: ela de fato estabelece que, salvo casos excepcionais, não podem ser criadas normas gerais senão através do procedimento formalmente mais rigoroso que é próprio dos órgãos que desempenham função legislativa. A distinção dos órgãos, que significa a independência que tem do órgão judiciário do executivo e do legislativo, serve para aplicar o princípio de imparcialidade: ele de fato estabelece que as pessoas chamadas a cumprir a função jurisdicional devem ser diferentes daquelas que cumprem a função legislativa e executiva. Um e outro princípio são dirigidos para refrear dois abusos que são característicos de qualquer sociedade na qual há governantes e governados, e portanto, de qualquer Estado, classista ou não: o abuso derivado do juízo arbitrário (não fundado sobre uma norma geral) e o abuso derivado do juízo parcial (dado por uma das partes em causa)”. BOBBIO, Norberto, **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000. p. 288.

²¹⁶ “Toda a organização política deveria existir, portanto, em função dos direitos fundamentais do homem e do cidadão. E entre esses direitos foram estipulados, da maneira mais categórica, o direito de propriedade e a liberdade, incluindo a liberdade econômica, a plena iniciativa no domínio econômico. Esses dois direitos eram essenciais à classe burguesa, eram a sua própria razão de existir como classe social (...) mais eficaz do que essas declarações solenes era a inserção desses direitos na Constituição. A Constituição foi declarada, por isso mesmo, um texto de categoria superior ao das leis ordinárias, e que não podia ser mudado pelo mesmo processo de elaboração daquelas leis. Formalidades mais complexas, mais difíceis eram necessárias para se alterar a Constituição. A inscrição dos direitos do homem e do cidadão (entre os quais, insistia-se, estavam a propriedade e a liberdade econômica) no texto da Constituição, colocava-os, portanto, acima dos poderes da legislatura ordinária”. LEAL, Victor Nunes. **A divisão de poderes no quadro político da burguesia. Cinco Estudos. A Federação. A divisão de poderes (dois estudos). Os Partidos Políticos. A intervenção do Estado. Instituto de Direito Público e Ciência Jurídica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955. p. 98.

Dessarte, de há muito foi abandonada a idéia de que o juiz representa a simples boca que pronuncia as palavras da lei²¹⁷. O Judiciário, portanto, possui um inegável papel criativo na aplicação dos princípios e regras positivados pelo ordenamento jurídico, influenciando na concepção daquilo que efetivamente constitui o direito vigente para os jurisdicionados. Vista a questão desse modo, conclui-se que o Direito não corresponde ao texto legislado ou ao enunciado normativo, mas constitui produto final da interpretação judicial levada a cabo pelo Poder Judiciário, que irá elaborar a norma aplicável a determinado caso concreto, fazendo incidir a lei sobre os fatos. De mais a mais, os fatos em si mesmo considerados também são objeto de interpretação, não se reduzindo a meros dados objetivos que escapam a qualquer análise valorativa por parte do intérprete²¹⁸.

Nesse quadro, não é demais afirmar que a jurisprudência converteu-se em fonte primária do Direito, de forma a que a alteração de entendimento consolidado pela Corte Constitucional modifica o Direito vigente, atraindo todos os limites pertinentes a uma verdadeira modificação legislativa²¹⁹. Decorre daí o fundamento para o manejo da modulação de efeitos em caso de mudança de jurisprudência, indo ao encontro daquela que entendemos ser a *ratio* do artigo 27, da Lei 9.868/99.

No entanto, para que a jurisprudência efetivamente se afirme como fonte primária do Direito é preciso agregar-lhe dois qualitativos, sem os quais restaria descaracterizado nosso sistema como romano-germânico, em que ainda vige a primazia da lei e não do *judge made law*: o efeito vinculante e, na sua ausência, a força persuasiva decorrente da autoridade dos entendimentos reiteradamente adotados pelos Tribunais.

É exatamente nesse sentido que Hermes Zaneti Júnior estabelece três momentos em que a jurisprudência assume as características de fonte primária:

²¹⁷ Sobre o tema, vide interessante artigo de OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. **DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho [Publicaciones periódicas]**, Espanha: Universidad de Alicante, n. 14, 1993.

²¹⁸ “A mente dos pesquisadores não se confunde com uma tela em branco para a qual o mundo exterior, sem nada a suprimir, acrescentar ou distorcer, diretamente transfere sua exata fisionomia. Nos laboratórios ou nos tribunais, cada um carrega consigo valores cuja força faz a força propulsora de seus pensamentos, pesquisas e teorias. Como enfatiza Apel, ‘os fatos...já são sempre fatos interpretados’, de forma que, sob as lentes rigorosas da teoria do conhecimento, ‘inexistem puros fatos em si, senão fatos revelados pela luz de sua significação humana’”. PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1999. p. 16.

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais**. *Op. cit.*, p. 273.

a) as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal; b) as decisões, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e com efeito vinculante nas ações de controle concentrado; c) a 'jurisprudência dominante' dos tribunais, bem como as súmulas não vinculantes dos tribunais estaduais, dos Tribunais Superiores e do próprio Supremo Tribunal Federal (nesse último caso, por óbvio, anteriormente à EC n.º 45/2004), que jogam o papel de 'entendimentos predominantes' das Cortes e, na falta do caráter vinculante, apresentam uma robustecida função persuasiva e autoritativa, uma vez que permitem julgamentos monocráticos nos órgãos colegiados²²⁰.

Nosso foco recairá, portanto, nos três pontos acima destacados, registrando-se, desde logo, que o fio condutor do presente trabalho será mantido, qual seja, a atuação do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. Assim é que, por uma opção metodológica, não serão analisadas as súmulas e decisões dos demais Tribunais Superiores, bem como dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais.

Passemos, então, à análise acerca da possibilidade de modulação de efeitos no caso de mudança de jurisprudência, bem como aos balizamentos para seu emprego.

4.3 Modulação de efeitos na mudança de jurisprudência: possibilidades e balizamentos.

Nesse ponto, cabe retomar a discussão acerca dos requisitos formais do artigo 27, notadamente aquele relativo à necessidade de declaração de inconstitucionalidade para o manejo da modulação de efeitos. Conforme tivemos a oportunidade de constatar no item II.3, em face do caráter dúplice das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade é possível admitir-se a modulação temporal de efeitos ainda que a norma apreciada pelo Tribunal não tenha sido declarada inconstitucional, cuidando-se, no entanto, de hipótese excepcional.

Ora, como assinalado, em diversos casos em que ocorre a mudança de jurisprudência o Supremo Tribunal Federal sequer indaga acerca da constitucionalidade de um dado diploma legislativo. Em vista do exposto, cabe questionar qual o fundamento normativo para a modulação de efeitos nessas hipóteses. A resposta parece-nos bastante evidente e encontra embasamento exatamente nos princípios da segurança jurídica e supremacia do interesse

²²⁰ JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 253-254.

público, também analisados na parte II.

Se a mudança de jurisprudência produzir efeitos retroativos, atingindo legítimas expectativas do jurisdicionados protegidas pelo princípio da segurança jurídica, a modulação de efeitos deverá ser aplicada. Não restará ao Tribunal Constitucional outra opção, sob pena de lesar o interesse público consubstanciado na previsibilidade dos precedentes e na confiança dos administrados na estabilidade das decisões judiciais. Não se pode olvidar que o Poder Judiciário possui dentre as suas mais relevantes funções a pacificação dos conflitos sociais, em caráter de definitividade. A mudança de entendimentos consolidados pela Corte Constitucional, sem que haja a devida transição proporcionada pela modulação temporal, produz exatamente o efeito inverso ao almejado pelo exercício da função jurisdicional: instabilidade, incerteza e insegurança.

Assim, embora o artigo 27 não seja explícito relativamente à possibilidade de modulação de efeitos em relação à mudança de jurisprudência, a *mens legis* restará plenamente atendida se o emprego da técnica for estendido a essas hipóteses, qual seja: proteção da segurança jurídica e de interesse social relevante.

Por óbvio, não se está a defender um “direito do jurisdicionado à manutenção da jurisprudência” dos tribunais para além dos casos já garantidos pelo instituto da coisa julgada; simplesmente, o que se sugere é uma transição proporcional que assegure a confiabilidade dos julgados²²¹.

Veja-se que, embora o nosso sistema processual não traga previsão do instrumento do *stare decisis*, à semelhança do que ocorre na *common law*, parece-nos importante a adoção de mecanismos que garantam a vinculatividade dos pronunciamentos do nosso Tribunal

²²¹ “É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a uniformidade ou estabilidade da jurisprudência. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade na orientação dos tribunais. É uma dimensão irredutível da função jurisdicional a obrigação de os juízes decidirem, nos termo da lei, segundo sua convicção e responsabilidade. A bondade da decisão pode ser discutida pelos tribunais superiores que, inclusivamente, a poderão “revogar” ou “anular”, mas o juiz é, nos feitos submetidos a julgamento, autonomamente responsável”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoria da constituição**. *Op. cit.*, p. 265.

Constitucional, em atenção aos princípios da isonomia e segurança jurídica²²².

Pois bem. Nesse contexto mostra-se essencial caracterizar, ao menos no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as decisões dotadas de vinculatividade, bem como aquelas que dão azo ao que se designa jurisprudência dominante. São essas decisões que irão traduzir o Direito vigente em determinado momento, de acordo com os mecanismos de vinculação próprios do nosso sistema romano-germânico – a despeito de eventuais comparações e aproximações com os sistemas de *common law*.

Principiamos com as decisões proferidas em sede de controle concentrado, ante a sistemática da nossa Constituição que prevê efeitos vinculantes e *erga omnes* para os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal nessas hipóteses. Como cediço, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido por via de ação direta, destacando-se: (i) a ação direta de inconstitucionalidade - ADI (por ação ou omissão); (ii) a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, ambas regulamentadas pela Lei nº 9.868/99; (iii) a representação interventiva, conforme artigo 36 da Constituição Federal; e (iv) a arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pela Lei 9.882/99 – lembrando que o artigo 11 do dispositivo possui redação idêntica ao artigo 27 da Lei 9.868/99.

Pode-se concluir, portanto, que uma única decisão proferida em sede de controle concentrado, dadas as características de generalidade e vinculatividade de tais pronunciamentos, deverá ser considerada fonte primária do Direito. A alteração dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, firmados em qualquer das hipóteses acima elencadas será, portanto, passível de modulação de efeitos.

Note-se que poderá haver casos em que o Supremo, além de declarar a constitucionalidade/inconstitucionalidade de um dado dispositivo legal, pela via da ação direta, modifique seu entendimento anterior quanto à compatibilidade da norma objeto de controle com o texto constitucional.

Em sede de controle difuso, ao menos no que se refere ao recurso extraordinário, quer

²²² Sobre o tema, é curiosa a observação de Ives Gandra da Silva Martins Filho, destacando que: “Se, na ótica dos juristas latinos, o sistema de precedente da *Common law* constituiria a fonte principal do direito, dado o poder criador do juiz (*judge made law*), já na visão dos próprios magistrados ingleses isso não ocorre, em face do que denominaram ‘*declaratory theory of the common law*’: os precedentes são considerados como uma explicitação do conteúdo do direito em vigor e não como o direito em si. Daí a aplicabilidade plena da regra do *stare decisis* também ao sistema romano-germânico de direito codificado, já que os objetivos da regra são os de preservar princípios constitucionais básicos de igualdade e segurança (tratar de forma igual os casos iguais e prever como serão julgados casos futuros semelhantes).” MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Recurso extraordinário no processo trabalhista. CICLO DE ESTUDOS DE DIREITO DO TRABALHO, 1; Salvador, Instituto Brasileiro de Ciência Bancária – IBCC, 1995, p. 66-67. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. *Op. cit.* p. 180.

nos parecer que o requisito da repercussão geral, conforme item III.3, reforça o caráter de “jurisprudência dominante” das decisões proferidas nesta seara. Por conseguinte, sua modificação também atrai a necessidade de modulação de efeitos.

Assim é que, embora o efeito vinculante nem sempre possa ser extraído das decisões proferidas em recurso extraordinário, sua ausência não impede a caracterização de uma jurisprudência dominante. De fato, havendo reiteradas decisões de mérito sobre uma determinada matéria, todas no mesmo sentido, deve haver o reconhecimento de que o Tribunal Constitucional efetivamente sedimentou o Direito vigente acerca da questão, gerando uma justa expectativa no jurisdicionado à sua manutenção. A edição de súmula sobre o tema, embora recomendável, não pode ser considerada um requisito para a modulação de efeitos nessas hipóteses, haja vista que, para edição da própria súmula, pressupõe-se que já exista o reiteramento de decisões.²²³ Pode haver casos em que, embora o Supremo Tribunal Federal possua jurisprudência consolidada, não tenha havido sequer edição de súmula.

A par desses casos, há ainda as hipóteses em que o Supremo atua no exercício de competência originária (artigo 102, I) e recursal ordinária (artigo 102, II). Como visto na Parte III, em ambas as hipóteses, também é possível que haja controle incidental de constitucionalidade e/ou mudança de jurisprudência. Foi o que ocorreu no julgamento do Conflito de Competência 7204/MG, relativo à competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações de danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, analisada supra.

Verifica-se, portanto, que uma vez caracterizada a existência de jurisprudência consolidada, embora não se possa falar com propriedade em uma decisão judicial vinculativa para os demais órgãos do Poder Judiciário, sua alteração equivalerá a uma modificação legislativa, atraindo todas as limitações inerentes a ela, quais sejam: irretroatividade e proteção à segurança jurídica e à boa-fé. Solução diversa implicaria em trair a “credibilidade social” depositada pelos jurisdicionados nos pronunciamentos de nossa Corte Constitucional, contrariando o “sentimento médio de justiça”²²⁴. A própria jurisprudência do STF, analisada

²²³ Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso é intuitivo que as súmulas incidam sobre questões já reiteradamente decididas num mesmo sentido e, portanto, já amadurecidas e estabilizadas. O autor cita, ainda, Marco Antonio Botto Muscari, para quem “com a responsabilidade do cargo que ocupam e a prudência que os têm caracterizado, podemos supor que os integrantes do Supremo Tribunal Federal não irão conferir efeito vinculante a uma primeira decisão de mérito sobre dado tema, aguardando um debate profundo, com a participação de toda comunidade”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. *Op. cit.*, p. 312.

²²⁴ “(...) a jurisprudência tanto pode ser tomada num sentido formal (...) como num senso substancial, quando ela vem referendada pela credibilidade social, ou seja, o qualificativo que se agrega à jurisprudência quando a comunidade jurídica e a própria sociedade civil prestigiam a produção dos Tribunais, nela reconhecendo a boa e correta interpretação dos textos. Uma tal jurisprudência, a par do respaldo da *communis opinio doctorum*, ainda vem ao encontro do

retro, autoriza, com segurança, a conclusão que ora se extrai.

Uma palavra ainda deve ser dita relativamente à aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil. Conforme o referido dispositivo, “o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

O tema a suscitar maiores controvérsias diz exatamente com o conceito de jurisprudência dominante, visto que o dispositivo faz ressalva expressa às súmulas, objeto de nossa apreciação no capítulo que se segue. Com base no exposto supra, ao menos no que concerne ao âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal, jurisprudência dominante corresponderá às decisões proferidas em sede de controle concentrado e às decisões reiteradas sobre uma mesma matéria no exercício de competência originária, recursal ordinária e extraordinária. Em todas as hipóteses, deverá ocorrer o trânsito em julgado – embora não seja exigível o requisito do efeito vinculante –, haja vista que somente a partir de então a decisão se tornará imutável.

Ausentes tais pressupostos, não deverá o relator negar seguimento liminar ao recurso sob o argumento de que este contraria jurisprudência dominante, sob pena de gerar no jurisdicionado uma justa expectativa de que o entendimento deverá ser mantido. Em tais hipóteses, a modulação de efeitos deverá ser manejada, em atenção aos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica.

4.4 A questão das súmulas e o acentuamento do caráter normativo da jurisdição constitucional

O destaque de um capítulo apartado às súmulas justifica-se pelo fato de que se cuida de institutos jurídicos que visam exatamente a consolidar aquilo que se conveniu chamar de jurisprudência dominante. Esse fator, aliado às recentes modificações promovidas em nosso sistema processual, fizeram com que optássemos por um capítulo para tratar da modulação de efeitos em casos de revisão ou cancelamento de súmulas, que nada mais são do que hipóteses de mudança de jurisprudência.

sentimento médio de justiça, presente e atuante dentre os destinatários da resposta judicial, ou seja, os jurisdicionados”.
Ibid., p. 43.

Feitas tais considerações, verifica-se uma nítida tendência, em nosso sistema processual, em conferir efeitos vinculantes aos precedentes do Supremo Tribunal Federal (cf. item III.3), a partir, principalmente, das reformas processuais promovidas pela Emenda 45/2004, que introduziram a súmula vinculante e o requisito da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário.

Na redação do artigo 103-A da Constituição tem-se que

o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O dispositivo constitucional foi disciplinado pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

Nosso sistema passou a contar, portanto, com súmulas persuasivas ou não vinculantes, as quais se destinam apenas a influir na convicção do julgador; e as súmulas vinculantes. Essa classificação possui nítida inspiração no direito norte-americano. Como visto, naquele ordenamento jurídico, vigora o sistema de precedentes vinculativos, através do qual as decisões da Suprema Corte tornam-se vinculantes e obrigatórias para os demais órgãos do Poder Judiciário através da doutrina do *stare decisis*. Ocorre que o *stare decisis* opera apenas sobre o núcleo do julgado, a denominada *ratio decidendi*, que se refere à parte nuclear da motivação, relativa ao fundamento jurídico necessário e suficiente, que dá suporte à decisão final proferida pela Corte. As ponderações paralelas e circunstanciais, que não integram os fundamentos determinantes da decisão, são consideradas *obiter dictum* e, portanto, não são abrangidas pelo efeito vinculante.²²⁵

Merece destaque, ainda, no bojo das alterações que visavam conferir maior uniformidade à jurisprudência dos nossos tribunais, a Lei 11.276, de 08 de fevereiro de 2006, a qual acresceu um parágrafo ao artigo 518 do Código de Processo Civil, para tratar da súmula impeditiva de recurso. O dispositivo, na nova redação que lhe foi conferida, dispõe que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Cuida-se de

²²⁵ A discussão foi trazida ao Brasil por Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins, relativamente à abrangência do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. *Op. cit.*, p. 338-341.

modificação introduzida paralelamente ao artigo 285-A²²⁶, do Código de Processo Civil, visando ao trancamento das chamadas ações repetitivas.

Observa-se que o artigo 518, § 1º, confere ao magistrado de primeira instância o mesmo poder anteriormente conferido ao relator de recurso de denegar o seu prosseguimento quando “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, conforme dispõe o artigo 557 do Código de Processo Civil.

De se ressaltar que a redação do citado artigo 557 mostra-se mais ampla, autorizando o relator a negar seguimento de recurso *em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*, e não somente súmula do STF ou STJ.

Interessante ressaltar a posição de Luiz Guilherme Marinoni para quem a estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal encontra-se diretamente relacionada à força normativa da Constituição — embora, à semelhança do que ocorre no direito norte-americano, com os chamados precedentes persuasivos, a súmula impeditiva de recurso, a princípio, não se mostre de aplicação obrigatória pelo juiz de primeiro grau. O autor adverte, ainda, que a súmula impeditiva de recurso concretiza, em alguma medida, o princípio da razoável duração do processo²²⁷.

De toda sorte, como bem adverte Humberto Theodoro Júnior, a súmula impeditiva de recurso não configura um *tertium genus* de súmula, servindo apenas para reforçar a autoridade das decisões proferidas pelos Tribunais²²⁸.

Dessa forma, a decisão de não recebimento da apelação (bem como a de

²²⁶ “Art. 285-A - Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, por não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”. Acrescido pela Lei 11.277 de 08 de fevereiro de 2006. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

²²⁷ “Se a sentença afirma o entendimento contido em súmula do STF ou do STJ, não há razão para admitir que a parte possa se limitar a interpor a apelação reiterando argumentos definidos na súmula e consolidados no tribunal a que recorre. Em tais circunstâncias, a abertura de uma livre oportunidade para a interposição da apelação não só traria prejuízo ao direito fundamental à duração razoável do processo, como também ocasionaria um acúmulo despropositado de recursos e processos nos tribunais particularmente nos casos de “ações repetitivas”. É incontestável que a interposição exagerada de recursos resulta na lentidão do serviço jurisdicional e, portanto, aprofunda a crise do Poder Judiciário, que tem o grave compromisso de atender ao direito constitucional de todo cidadão a uma resposta jurisdicional tempestiva.” MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso (Leis 11.276 e 11.277, de 8.2.06)**. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 31 jun. 2008.

²²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 12.

recebimento)²²⁹, com base na súmula impeditiva, seria passível de agravo de instrumento e não de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, a teor do disposto no artigo 522, do Código de Processo Civil. Isso considerando-se que essa espécie de súmula não vincula as instâncias inferiores, as quais poderão decidir de maneira diversa ao enunciado. Por tais razões, entendemos que também as súmulas impeditivas de recurso deverão ser consideradas persuasivas, recebendo o mesmo tratamento que estas no que toca à eficácia temporal.

Pois bem. Em se tratando de súmulas persuasivas, sua modificação ou cancelamento autoriza, assim nos parece, a que a Corte Constitucional adote a concessão de efeitos prospectivos. O julgamento Inquérito Policial 687-4, em que se procedeu ao cancelamento da Súmula 394, que tratava da manutenção do foro por prerrogativa de função mesmo após o término do mandato eletivo, constitui exemplo emblemático na jurisprudência do Supremo²³⁰.

A Súmula havia sido editada ainda sob a égide da Constituição de 1946. Para o Supremo, a tese consubstanciada no enunciado não encontrara reflexo na Constituição Federal de 1988, que não havia sido explícita em atribuir prerrogativa de foro às autoridades e mandatários que, por alguma razão, deixassem o exercício do cargo ou mandato.

No julgamento da questão de ordem, o Ministro Néri da Silveira assinalou, com propriedade, que ao consignar que a Súmula deveria ser cassada, o Supremo estava ao mesmo tempo a afirmar que sua jurisprudência contrariava o texto da Lei Maior. Por conseqüência, todos os processos em julgamento até então haviam tramitado perante juiz incompetente e, portanto, restariam eivados de nulidade.

O Tribunal, então, decidiu que a revogação da Súmula 394 teria efeitos *ex nunc*, preservando-se a validade dos processos já concluídos. Relativamente aos processos em curso, estes deveriam ser devolvidos à instância ordinária, considerando-se válidos os atos até então praticados, inclusive o recebimento da denúncia, que interrompe a prescrição²³¹.

²²⁹ Como bem advertem Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marcelo Pereira de Almeida, seria uma hipótese nova em nosso ordenamento, haja vista que, via de regra, não cabe recurso da decisão que recebe o apelo. Para os autores, caberia, ainda, em certas situações, a impetração de mandado de segurança: “Dependendo da hipótese concreta e de quão clara se mostre a hipótese de incompatibilidade de recebimento da apelação com os exatos termos desse artigo 518, também nos parece razoável a hipótese de impetração de mandado de segurança, pois haveria um direito líquido e certo da parte contrária em ver o recurso inadmitido por conta da prévia existência de Súmula em sentido diametralmente oposto à tese sustentada no recurso”. BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **O novo ciclo de reformas do CPC: comentários às leis 11.276, 11.277, 11.280 e 11.341 de 2006.** Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em: 03 fev. 2009.

²³⁰ “Súmula 394: Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

²³¹ Inquérito Policial 687-4/SP – Questão de Ordem no Mérito. Relator Ministro Sydney Sanches. Publicado no DJ de 09.11.2001.

A decisão mostra-se interessante porque: (i) a incompetência absoluta conduz à nulidade dos atos decisórios – como soe ser o recebimento da denúncia; assim, ao conferir efeitos prospectivos à revogação da Súmula 394, o Supremo não só preservou aqueles processos já definitivamente julgados, como possibilitou o prosseguimento regular dos processos em curso, sem solução de continuidade; (ii) outrossim, embora não explicitado, parece-nos um típico caso de modulação de efeitos temporais em face de uma decisão de mudança de jurisprudência sumulada, embora, à época, se tratasse de súmula meramente persuasiva; (iii) finalmente, ao afirmar que entendimento jurisprudencial contrariava a Constituição, o STF assume a jurisprudência como fonte primária do Direito, cuja modificação, como visto, deve atrair as limitações próprias de verdadeira alteração legislativa.

Podemos concluir, portanto, que a revogação ou revisão de súmulas persuasivas, por caracterizar indubitável mudança de jurisprudência, poderá ter seus efeitos modulados, conforme os critérios de segurança jurídica e excepcional interesse social, a serem devidamente justificados pelo Tribunal.

A questão afigura-se diversa quando se cuida de súmula vinculante. O artigo 4º da Lei 11.417/2006 veio a disciplinar a possibilidade de modulação de efeitos temporais pelo Supremo Tribunal Federal no caso de edição de súmulas vinculantes. O dispositivo, na verdade, foi mais além, possibilitando ao Tribunal a restrição dos próprios efeitos vinculantes²³².

Como regra, portanto, a súmula terá eficácia imediata, o que faz supor que seus efeitos serão retroativos, alcançando processos ainda pendentes de julgamento na origem ou nos tribunais, ressalvados os casos julgados. Assim sendo, o exercício do controle difuso foi mitigado, visto que, a partir da publicação da súmula vinculante, não caberá ao juiz ou Tribunal *a quo* exercer controle incidental em contrariedade ao entendimento veiculado na súmula editada nas condições do artigo 103-A da Constituição – salvante as hipóteses em que o próprio Supremo determine que a eficácia da súmula ocorrerá a partir de outro momento que não a sua publicação no Diário Oficial. Vale destacar que, na forma do artigo 7º do mesmo diploma, da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao

²³² “Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 17 nov. 2008.

Supremo Tribunal Federal.

Restará, apenas, às instâncias inferiores, entender que o caso concreto em julgamento não se enquadra na hipótese tratada na súmula, por mecanismo semelhante ao *distinguishing* norte-americano²³³.

Além da edição, a revisão e cancelamento de súmula vinculante também dependerá de quorum de 2/3. Assim, embora a lei não disponha expressamente sobre o tema, parece-nos que a revisão ou cancelamento de súmula vinculante deverá contar, necessariamente, com a adoção de efeitos prospectivos, diversamente do que ocorre com as súmulas persuasivas, em que a análise é casuística.

Ora, pela própria definição, as súmulas traduzem a jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, caracterizada pelo reiteramento de diversas decisões em um mesmo sentido. A súmula vinculante, por sua vez, tem força de lei, na medida em que sua aplicação é imediata e vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal²³⁴.

Parece-nos bastante óbvio, face às considerações acima aduzidas, que a modificação ou cancelamento de um entendimento jurisprudencial consolidado em súmula dessa espécie induzirá à necessária modulação de efeitos da decisão paradigma que der causa à mudança ou retirada da súmula do ordenamento, à similitude do que ocorre com a lei nova que, via de regra, vigora para o futuro.

²³³ Conforme lição de Patrícia Perrone, o *distinguishing* “corresponde à não aplicação de um precedente, a despeito de o caso concreto aparentemente incluir-se no seu *holding*, ao argumento de que a nova hipótese possui especificidades que demandam um tratamento diferenciado”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. *Op. cit.*, p. 202.

²³⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro chega a afirmar que, com a Emenda 45, deu-se o surgimento de uma hierarquia parcial do STF em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário: “Nos Poderes Judiciário e Legislativo não existe hierarquia no sentido de relação de coordenação e subordinação, no que diz respeito às suas funções institucionais. No primeiro, há uma distribuição de competências entre instâncias, mas uma funcionando com independência em relação à outra; o juiz da superior instância não pode substituir-se ao da instância inferior, nem das ordens ou revogar e anular os atos por esta praticados. Com a aprovação da Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45/2004, cria-se uma hierarquia parcial entre o STF e todos os demais órgãos do Poder Judiciário, uma vez que suas decisões sobre matéria constitucional, quando aprovadas como súmulas, nos termos do artigo 103-A, introduzido na Constituição, terão efeito vinculante para todos. O mesmo ocorrerá com as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, parágrafo segundo). No Legislativo, a distribuição de competências entre Câmaras e Senado também se faz de forma que haja absoluta independência funcional entre uma e outra Casa do Congresso” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 109).

5 CONCLUSÃO

5.1 Proposições

1. A preservação, ao menos parcial, dos efeitos de lei declarada inconstitucional constitui uma realidade não só para o ordenamento jurídico brasileiro, como para diversos sistemas alienígenas. Trata-se de uma tendência que visa à flexibilização da rigidez da Teoria da Nulidade da Lei Inconstitucional.

2. Ao modular sua decisão, o Tribunal Constitucional deverá perseguir a solução que melhor efetiva a Constituição. Com isso quer-se dizer que a modulação só terá lugar naquelas hipóteses em que, em virtude das circunstâncias do caso e dos demais princípios e normas constitucionais que trabalhem a favor da modulação, não reste outra alternativa capaz de assegurar a supremacia da Constituição que não a preservação dos efeitos da norma declarada inconstitucional. Nesse quadro, afirma-se a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para manejar os efeitos temporais de suas decisões, visto que, ao assim proceder, estará exercendo seu papel mais fundamental: o de guardião da Carta Constitucional.

3. A presença de uma razão política, como soe ser o interesse social relevante, se mostra insuficiente para tornar a decisão do Tribunal Constitucional, que se utiliza da modulação temporal de efeitos, uma simples questão de escolha, guiada pela conjuntura política; ao reverso, ela reafirma a tese de que, a par dos dados políticos com que inevitavelmente tem de lidar o Supremo Tribunal Federal, suas decisões deverão sempre ser reconduzidas a princípios e normas albergados na Constituição, evitando-se o decisionismo e o voluntarismo.

4. A modulação de efeitos, ao preservar, ainda que por um dado período de tempo, os efeitos de lei emanada do Poder Legislativo, mostra-se um *minus* relativamente à declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, atendendo aos ideais de concordância prática e harmonização próprios da moderna interpretação constitucional.

5. A possibilidade de se conferir efeitos à norma declarada inconstitucional não representa, forçosamente, a afirmação de anulabilidade da lei inconstitucional, especialmente se

considerarmos que os planos da existência, validade e eficácia são distintos. A modulação pressupõe a declaração de inconstitucionalidade, não sendo possível que eventual reconhecimento de efeitos à lei declarada inconstitucional, realizado *a posteriori*, transmude a natureza do ato inconstitucional de nulo para anulável.

6. Ainda que se recorra à técnica da modulação de efeitos, permanecem as notas características da nulidade da norma inconstitucional, ou seja: (i) a inconstitucionalidade opera *ipso jure*, sendo reconhecida por decisão meramente declaratória do Tribunal Constitucional; (ii) pode ser invocada a qualquer tempo; e (iii) é insusceptível de sanção ou convalidação. Outrossim, a nulidade é vício a decorrer de contraste do ato ou negócio jurídico com norma jurídica informada pelo interesse público, enquanto a anulabilidade se caracteriza pela violação de regra em que prevalece um interesse particular, das partes envolvidas. Dessa forma, o desvalor do ato inconstitucional jamais poderia se identificar com a anulabilidade, incompatível com matéria de caráter constitucional.

7. A decisão do Tribunal Constitucional que realiza a modulação temporal não constitui os efeitos produzidos pela lei inconstitucional; ela apenas os reconhece como válidos em função da presença de razões de excepcional interesse social e segurança jurídica. Dessa forma, ainda em sede de modulação, a decisão mostra-se declaratória e não constitutiva, haja vista que os efeitos já foram produzidos. É dizer, ao reconhecer o vício da inconstitucionalidade e modular os efeitos, o Tribunal profere decisão duplamente declaratória.

8. A ponderação de bens exsurge, mais uma vez, como técnica alternativa de decisão a ser utilizada para aqueles casos em que um simples processo de subsunção normativa mostra-se insuficiente para assegurar a efetividade da norma constitucional. O processo ponderativo, em seara de modulação de efeitos, além de cumprir o papel tradicional de possibilitar a concordância prática dos bens em conflito e a racionalidade das decisões proferidas pela Suprema Corte, impede que a declaração de inconstitucionalidade seja pautada por um juízo utilitarista. Ao intérprete caberá ponderar, de um lado, os interesses resguardados pela norma constitucional violada; e, de outro, aqueles princípios e regras constitucionais que apontam para necessidade de produção de efeitos da lei inconstitucional – tais como o princípio da segurança jurídica e aqueles que puderem ser traduzidos no conceito de interesse social relevante.

9. O artigo 27 da Lei 9.868/99 traz requisitos meramente formais e requisitos substanciais. Os requisitos formais consistem, basicamente, na exigência do quorum de dois terços para que o Supremo Tribunal Federal proceda à modulação de efeitos e à anterioridade de declaração de inconstitucionalidade como pressuposto do manejo da técnica. Os requisitos substanciais são representados pelo interesse social relevante e pela segurança jurídica.

10. A expressão relevante interesse social abrange qualquer interesse público, que poderá restar consubstanciado em um único direito fundamental ou metas e interesses coletivos, desde que tais direitos possam ser reconduzidos a uma regra ou princípio constitucionalmente estabelecidos. Por outro lado, ao apontar para um interesse socialmente relevante, a lei inviabiliza a interpretação de que o mero interesse do Erário (ou, na clássica distinção de Renato Alessi, interesse público secundário), possa justificar o afastamento da nulidade *tout court* da norma inconstitucional. Assim é que caberá ao Estado, em caso de lei tributária declarada inconstitucional, demonstrar, no caso concreto, que a eficácia *ex tunc* inviabilizaria o atendimento às condições mínimas de existência da população (mínimo existencial) e a continuidade de serviço público essencial.

11. O princípio da segurança jurídica na modulação de efeitos possui o importante papel de impedir que a declaração de nulidade retroativa acabe por configurar um caso de retroatividade autêntica, haja vista que, uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei, com a declaração de nulidade *tout court*, haveria a desconstituição dos atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos constituídos sob sua égide. Isso porque, via de regra, do ato nulo não se originam direitos.

12. A proteção da confiança legítima serve de fundamento à preservação dos efeitos do ato inconstitucional, a despeito da sua nulidade, evitando a desconstituição daquelas situações jurídicas que não poderiam ser protegidas pelo princípio da segurança jurídica, notadamente nos casos de retroatividade aparente. Trata-se de aplicação subsidiária e excepcional, fundada nas legítimas expectativas dos jurisdicionados na estabilidade dos atos emanados do Poder Público.

13. A modulação de efeitos e sua repercussão sobre o sistema difuso de controle de constitucionalidade abre duas vertentes de análise: (i) a repercussão das decisões proferidas em controle concentrado, que se utilizem da modulação de efeitos, sobre o sistema difuso de

controle de constitucionalidade, notadamente no que toca à questão da relativização da coisa julgada e às leis penais inconstitucionais; e (ii) a possibilidade de aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99 às decisões proferidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal em controle incidental de constitucionalidade.

14. Os artigos 475, L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil se aplicam nos limites da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Permitindo-se a relativização da coisa julgada, para tornar inexigível o título judicial, a despeito da modulação proferida pelo Tribunal Constitucional, haveria um descumprimento de normas constitucionais por via transversa – além, é claro, do descumprimento da própria decisão do Supremo, vinculante nos termos do artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 e artigo 102, § 2º da Constituição Federal. Isso porque, ao se realizar a delimitação temporal da declaração de inconstitucionalidade, o que se quer é exatamente reconhecer efeitos à lei declarada inconstitucional, o que não seria possível se sua aplicação fosse afastada para desconstituir o título. Haveria, ainda, ferimento aos preceitos constitucionais que orientaram o manejo da técnica, haja vista que o fim último da modulação consiste exatamente em assegurar a supremacia da Constituição.

15. Em seara penal, a declaração de inconstitucionalidade abre ao intérprete constitucional duas hipóteses distintas, em vista do disposto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal: (i) a nulidade *ex tunc* faz repristinar lei penal desfavorável; e (ii) a nulidade *ex tunc* faz repristinar lei penal mais favorável. Isso na consideração de que a lei inconstitucional nula, via de regra, não produz efeitos. Assim sendo, não terá havido revogação da lei anterior, que não terá cessado sua vigência no plano jurídico.

16. No caso de lei penal mais favorável ao réu, declarada inconstitucional, com repristinação de lei mais gravosa, a declaração *ex nunc* permite a preservação do princípio da irretroatividade da lei penal, na medida em que a lei mais gravosa seria repristinada apenas a partir da decisão de inconstitucionalidade, aplicando-se para o futuro e resguardando-se os processos ainda pendentes de julgamento. A declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* impediria a rescisão do julgado sob o argumento de que a sentença ou acórdão sobre o qual se funda a condenação seria inconstitucional, visto que terá sido preservada a aplicação da lei mais favorável ao tempo da infração.

17. No caso de lei penal mais gravosa declarada inconstitucional, com reprivatização de lei mais favorável ao réu, a eventual modulação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade seria de difícil justificação, na medida em que o Supremo Tribunal Federal deveria contrapor razões de segurança jurídica e excepcional interesse social ao direito fundamental de liberdade, visto que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* acarretaria a produção de efeitos por lei penal mais gravosa. Assim sendo, a menos que, mediante um processo ponderativo, o Tribunal Constitucional consiga legitimar a restrição imposta ao direito fundamental de liberdade – sem que essa restrição configure eliminação ao exercício do direito – não haveria como impedir a aplicação do artigo 621 do Código de Processo Penal, ao menos no que toca aos efeitos penais da condenação. Dessa forma, contrariamente ao que ocorre em âmbito civil (nas hipóteses de título executivo judicial constituído com base em lei inconstitucional), a rescisão do julgado em que tenha havido condenação, fundada em lei inconstitucional desfavorável, não poderá ser obstaculizada, em regra, pela declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*.

18. A aplicação analógica do artigo 27 em controle difuso de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, restaria justificada pelo princípio da razão suficiente, qual seja, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso acabam por equiparar-se aos da lei nova que revoga lei anterior, repercutindo para além das partes no processo, tal qual se dá com as decisões proferidas em controle concentrado. Esse fato se verifica em função da tendência à uniformização e atribuição de eficácia vinculativa aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, sobretudo após as alterações introduzidas pela Emenda 45/2004 – vide as súmulas vinculantes, impeditivas de recurso, o requisito da repercussão geral e os incidentes de uniformização de jurisprudência.

19. A concepção positivista tradicional, segundo a qual a norma jurídica se obtém tendo em conta exclusivamente as exigências do direito positivo, mostra-se superada. Modernamente, a interpretação jurídica é compreendida como um processo de caráter dúplice ou “círculo hermenêutico”, em que os fatos também são dotados de normatividade. Vista a questão desse modo, conclui-se que o Direito não corresponde ao texto legislado ou ao enunciado normativo, mas constitui produto final da interpretação judicial levada a cabo pelo Poder Judiciário, que irá elaborar a norma aplicável a determinado caso concreto, fazendo incidir a lei sobre os fatos.

20. Nesse quadro, não é demais afirmar que a jurisprudência converteu-se em fonte primária do Direito, de forma a que a alteração de entendimento consolidado pela Corte Constitucional modifica o Direito vigente, atraindo todos os limites pertinentes a uma verdadeira modificação legislativa. Decorre daí o fundamento para o manejo da modulação de efeitos em caso de mudança de jurisprudência, indo ao encontro da *ratio* do artigo 27, da Lei 9.868/99.

21. Para que a jurisprudência efetivamente se afirme como fonte primária do Direito é preciso agregar-lhe dois qualitativos, sem os quais restaria descaracterizado nosso sistema como romano-germânico, em que ainda vige a primazia da lei e não do *judge made law*: o efeito vinculante e, na sua ausência, a força persuasiva decorrente da autoridade dos entendimentos reiteradamente adotados pelos Tribunais.

22. Ante a sistemática da nossa Constituição, a qual prevê efeitos vinculantes e *erga omnes* para os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal nos casos de controle de constitucionalidade pela via da ação direta (ação direta de inconstitucionalidade - ADI por ação ou omissão; ação declaratória de constitucionalidade - ADC; representação interventiva; e arguição de descumprimento de preceito fundamental), as decisões proferidas nesta seara deverão ser consideradas fontes primárias do Direito para fins de modulação de efeitos em caso de mudança de jurisprudência.

23. Uma vez caracterizada a existência de jurisprudência consolidada, embora não se possa falar com propriedade em uma decisão judicial vinculativa para os demais órgãos do Poder Judiciário, sua alteração equivalerá a uma modificação legislativa, atraindo todas as limitações inerentes a ela, quais sejam: irretroatividade e proteção à confiança legítima e à boa-fé. Solução diversa implicaria em trair a “credibilidade social” depositada pelos jurisdicionados nos pronunciamentos de nossa Corte Constitucional, contrariando o “sentimento médio de justiça”. Também nesses casos, a modulação de efeitos em função da alteração de precedentes consolidados mostra-se legítima.

24. A revogação ou revisão de súmulas persuasivas, por caracterizar indubitável mudança de jurisprudência, poderá ter seus efeitos modulados, conforme os critérios de segurança jurídica e excepcional interesse social, a serem devidamente justificados pelo Tribunal. No que se refere às súmulas vinculantes, a modificação ou cancelamento de um entendimento jurisprudencial consolidado em súmula dessa espécie induzirá à necessária modulação de

efeitos da decisão paradigma que der causa à mudança ou retirada da súmula do ordenamento, à similitude do que ocorre com a lei nova que, via de regra, vigora para o futuro.

5.2 Encerramento

As funções clássicas da Constituição, quais sejam, garantia dos direitos individuais, associado ao valor liberdade em sentido negativo; e a separação de poderes – horizontal (orgânica) e vertical (federalismo)²³⁵, que serviram à formação do Estado Liberal Burguês, há muito tornaram-se insuficientes para abarcar um modelo de constitucionalismo próprio de uma sociedade pluralista, calcada nos direitos fundamentais e na proteção das minorais²³⁶.

De fato, houve uma expansão da jurisdição constitucional, decorrente do próprio alargamento dos direitos assegurados na Constituição e da necessidade de garantia do pluralismo político e social. Em decorrência, novos instrumentos processuais que possibilitassem uma defesa efetiva dos interesses constitucionalmente protegidos passaram a ser exigidos.

Nesse quadro, a teoria da nulidade da lei inconstitucional não tem se mostrado suficiente para assegurar a supremacia da Constituição e garantir a efetividade de seus preceitos. Em determinados casos, será necessário o recurso a um processo ponderativo que sopesse o princípio ou regra constitucional, que se pretenda assegurado com a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, com outros princípios e regras igualmente caros à ordem constitucional, como a boa-fé e a segurança jurídica.

Da mesma forma, também na mudança de jurisprudência, a finalidade pacificadora característica do exercício da jurisdição, notadamente a constitucional, aliada à proteção da

²³⁵ Conforme lição de Laurence H. Tribe, a divisão do poder governamental opera em dois planos: (i) no vertical, mediante a criação do Estado Federal, marcado pela secção do poder entre um governo central soberano e governos locais autônomos; e (ii) no horizontal, através da separação orgânica de funções, de sorte a que o Estado possa realizar suas tarefas de forma harmônica e independente. H. TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. AP. *Op. cit.*, p. 132

²³⁶ “Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un *demos*, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, con límites y vínculos, precisamente frente a las leyes y los actos de gobierno expresado en las contingentes mayorías”. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 28.

confiança legítima, exigem do aplicador do Direito uma atuação balizada e responsável, face às expectativas legítimas dos jurisdicionados.

É nesse contexto que se buscou analisar a competência, conferida ao Supremo Tribunal Federal pelo art. 27 da Lei 9.868/99, de manipulação dos efeitos temporais da decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade. O referido diploma legislativo impôs ao intérprete uma reflexão sobre o que de fato realiza o interesse público, no exercício da jurisdição constitucional. Trata-se de importante instrumento de conciliação, possibilitando uma maior harmonização de princípios e normas albergados pela Constituição.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Havard Law Review**, v. 113, n. 3, jan. 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Cláusulas abusivas no código de consumidor**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/469>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Constitutional rights, balancing, and rationality. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2.ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, José Carlos Moreira. **A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: _____. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**: (colóquio no 10º aniversário do tribunal constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993). Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação de efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para interpretação conforme a constituição do artigo 27 da lei n.º 9.868/00. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 24. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A tutela da confiança legítima como limite ao poder normativo da Administração Pública: a proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n.11, jul./ago./set. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-PATRICIA%20BATISTA.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2008.

_____. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação do direito administrativo brasileiro**. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARBOSA, Rui. **Trabalhos jurídicos: os atos inconstitucionais do congresso e do executivo**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil**. Disponível em: <<http://www.institutoideias.org.br>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

_____. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado** n.2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

_____. O Começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEATTY, David M. **The ultimate rule of law**. New York: Oxford University Press, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BORGES, Alice González. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Diálogo Jurídico**, n.15. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 set. 2008.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do direito constitucional processual. In: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1984.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política? **Revista de Direito Administrativo**, n. 221, 2000.

COVIELLO, Pedro José Jorge. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista Virtual da AGU – Advocacia Geral da União**. ano II, n. 07, fev. 2001. Disponível em: <<http://www.escola.agu.gov.br>>. Acesso em: 22 out. 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachussets: Havard University Press, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, n. 92, out./dez. 1989.

_____. La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n.1, p. 3-23, jan./mar. 2006.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

FERRAZ, Ana Cândido da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidades (leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.982, de 3 de dezembro de 1999) . **Revista de Direito Administrativo**, n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n. 4, p. 3-22, out./dez. 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Direito Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista, artigo 78**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova York, Londres: Norton & Company, 1999.

JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martin Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 2005.

LEAL, Victor Nunes. **A divisão de poderes no quadro político da burguesia em cinco estudos. A federação. A divisão de poderes (dois estudos). Os partidos políticos. A intervenção do estado. instituto de direito público e ciência jurídica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso (leis 11.276 e 11.277, de 8.2.06)**. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 31 jun. 2008.

_____. **Relativizar a coisa julgada?** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 14 out. 2008.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Recurso extraordinário no processo trabalhista. CICLO DE ESTUDOS DE DIREITO DO TRABALHO, 1; Salvador, Instituto Brasileiro de Ciência Bancária – IBCC, 1995, p. 66-67. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000.

MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MICHELS, Vera Maria Nunes. **Direito eleitoral**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. **Revista Forense**, jan./fev. 2005.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Portugal: Coimbra Editora, 2003.

NOVOA, César Garcia. Seguridad jurídica e derecho tributário. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**: direito administrativo e direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à lei n.º 9.882, de 03/12/1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, n. 220, abr./jun. 2000.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. **DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho [Publicaciones periódicas]**, Espanha: Universidad de Alicante, n. 14, 1993.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5.

PEREIRA, Jane Reis. **Direitos fundamentais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **O novo ciclo de reformas do CPC**: comentários às leis 11.276, 11.277, 11.280 e 11.341 de 2006. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em: 03 fev. 2009.

PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (venire contra factum proprium) no direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. comemorativo, p. 305, 2003.

RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de filosofia do direito. In: _____. **Filosofia do direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

RODRIGUES, Leda Boechat. A corte suprema dos Estados Unidos e o “governo dos juízes” (1895-1937). **Revista Forense**, ano 51, v.161, set./out. 1955.

ROSAS, Roberto. Pedro Lessa e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, jan./mar. 1973.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. (Org.) **Interesses públicos vs. interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: _____. **O controle de constitucionalidade e a lei n.º 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHIMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 07 jul.2008.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 798, abr. 2002.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1988.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da república portuguesa comentada**. Lisboa: Lex, 2000.

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (cpc, art. 741, par. ún.). **Revista de Processo**, n. 106, ano 27, abr./jun. 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Dos efeitos retroativos da declaração incidental de inconstitucionalidade e a coisa julgada em favor da fazenda pública. In: _____. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. **Revista Virtual da AGU – Advocacia Geral da União**, ano II, n. 09, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.escoladaagu.gov.br>>. Acesso em: 12 set. 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional da Era dos Direitos. In: _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3.ed. Nova York: Foundation Press, 2000. v.1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Espanha: Editorial Trotta, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albin. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 333.