

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA: DA TEORIA DA NULIDADE DA NORMA AO PARADIGMA ORIENTADOR NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

MODULATION OF EFFECTS OF THE DECISION OF UNCONSTITUTIONALITY IN BRAZILIAN'S JURISDICTION: FROM THE NORM'S NULLITY THEORY TO THE GUIDE PARADIGM IN THE CONSTITUTIONALITY CONTROL

Augusto Carlos de Menezes Beber*
Marciano Buffon**

RESUMO

A presente pesquisa visa discutir o fenômeno da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade na jurisdição brasileira, partindo-se da compreensão tida pela teoria da nulidade da norma até chegar no debate sobre o paradigma de fundo que orienta a decisão da modulação no controle de constitucionalidade. Para tanto, o trabalho revisita a teoria norte-americana e a teoria austríaca sobre a eficácia da declaração de inconstitucionalidade, discutindo, em sequência, as repercussões da adoção da teoria da nulidade (ou da anulabilidade) na jurisdição brasileira. Nesta senda, demonstra-se as dificuldades que existem em relação a um sistema misto de controle de constitucionalidade, e de como a modulação temporal, objeto do trabalho, era aplicada antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/99. Ao cabo, a pesquisa debate a necessidade de se utilizar um paradigma adequado na jurisdição brasileira, de modo a conduzir a decisão da modulação a partir de argumentos de princípio, evitando-se transformá-la em mera política judiciária. Com isso, pretende-se contribuir para uma apreciação crítica da prática da jurisdição constitucional, tornando-a assim mais coerente com o pano de fundo do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Jurisdição constitucional. Modulação de efeitos. Teoria da nulidade.

ABSTRACT

The current research aims to discuss the phenomenon of modulation of the effects of the unconstitutionality decision in the Brazilian jurisdiction, starting from the understanding of the theory of nullity of the norm until arriving at the debate on the fundamental paradigm that guides the decision of modulation in the control of constitutionality. For this, the paper revisits the American theory and the Austrian theory on the effectiveness of the declaration of unconstitutionality, discussing, in sequence, the repercussions of the adoption of the theory of nullity (or annulability) in Brazilian jurisdiction. In this way, it is demonstrated the difficulties that exist in relation to a mixed system of constitutionality control, and of how the temporal modulation, object of the work, was applied even before the edition of Law 9,868 / 99. In the end, the research unleashes the need to use an adequate paradigm in the Brazilian jurisdiction, in order to lead the decision of modulation based on arguments of principle, avoiding to transform it into a mere judicial policy. With this, it is intended to contribute to a critical appraisal of the practice of constitutional jurisdiction, thus making it more consistent with the background of the Democratic State of Law.

Keywords: Constitutional control. Constitutional jurisdiction. Modulation of effects. Theory of nullity.

*Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, com bolsa CAPES/PROEX, na modalidade taxa. Advogado OAB/RS nº 106.508. Email: augusto_beber@yahoo.com.br

**Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) e da graduação na UNISINOS. Advogado na área tributária. Email: marciano@buffonfurlan.com.br

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca desvelar as bases do modelo adotado pelo direito brasileiro em relação ao tema da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, ao tempo em que intenta realizar uma reflexão crítica sobre as condições de aplicabilidade do instituto pelo Supremo Tribunal Federal.

A hipótese desenvolvida ao longo do trabalho reside em demonstrar que se faz necessária a adoção de uma sólida matriz de fundo no que se refere às discussões sobre a modulação dos efeitos da decisão na jurisdição constitucional, tendo em vista o papel que a mesma exerce enquanto mantenedora da unidade do ordenamento jurídico.

Demonstrar-se-á, através da ressignificação histórica de alguns institutos do direito brasileiro, que embora a regra de aplicação da retroatividade das decisões tenha preponderado em virtude da teoria da nulidade, em situações específicas admitiu-se a incidência de efeitos prospectivos às decisões, fato ocorrido antes mesmo da promulgação da Lei nº 9.868/99.

De forma ainda mais significativa, defender-se-á que a possibilidade de modular os efeitos da decisão na jurisdição constitucional é também uma forma de efetivar a Constituição, observada a necessária aderência a argumentos de princípio, o que exige o abandono de premissas do normativismo, que tanto alberga a discricionariedade quanto reduz a aplicação do direito a um universo puramente conceitual.

Estruturalmente, a pesquisa será dividida em três partes. Na primeira, será realizada uma abordagem sobre o controle de constitucionalidade difuso e concentrado a partir do seu nascedouro estadunidense e austríaco, demonstrando-se, com isso, a necessária relação dos respectivos modelos com a adoção de diferentes teorias para os planos da norma jurídica.

Na segunda parte do trabalho, serão tecidas considerações sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, ressaltando suas peculiaridades – em especial pela sistemática adotada, que tanto admite um controle difuso quanto concentrado – em face da possibilidade de restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Ao cabo, na terceira e última parte do trabalho, será realizada uma crítica ao modo de decisão sobre a modulação da eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade brasileiro. Serão discorridos os pressupostos de ordem filosófica que servem como pano de fundo para a aplicação da eficácia restritiva, o que se espera servir como crítica contributiva para o aperfeiçoamento do instituto.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A TEORIA DA NORMA: APONTAMENTOS INICIAIS PARA A COMPREENSÃO DO TEMA

A teoria da norma, mais propriamente a teoria das nulidades jurídicas, objeto inicial desta observação ao lado do controle de constitucionalidade, é, notadamente, um ramo tão antigo quanto controverso do direito.

Na esteira desse entendimento, Ana Paula Ávila, em sua tese de doutoramento, discorre que a nulidade e a anulabilidade são facetas que, ao contrário do que se pode pensar, surgiram em momentos cronológicos distintos.

Defende a autora que, enquanto que a nulidade teve seu berço no direito romano, a anulabilidade teve sua estrutura desenvolvida na Idade Média¹, a partir de estudos de direito canônico.²

A estruturação desses dois modelos, desenvolvidos primeiramente na seara do direito privado, entretanto, veio a transcender modernamente para o direito público, especialmente para o direito constitucional, quando se observam as características dos atos que vão de encontro à lei fundamental do Estado: a Constituição.

Entretanto, a transposição do modelo não deixou de trazer também seus problemas – os quais se refletiram em problemas práticos da jurisdição constitucional. O primeiro deles, que logo se verifica, é a dificuldade que existe na separação entre as categorias da inexistência e da nulidade. Conforme vaticina Ávila, em sua origem histórica, os romanos, em seu *ius civile*, simplesmente equipararam o ato nulo ao ato inexistente.³

Ademais, a clássica distinção entre ato nulo e anulável com base no grau de defecção também é problemática para o direito constitucional, tendo em vista que, tratando-se de tutela jusfundamental, o ato que em si macula a Constituição dificilmente será aferido como mais ou menos prejudicial à essa dentro do plano da validade (afinal de contas, uma violação à Constituição sempre será um vício grave).

Na seara da jurisdição constitucional, essas questões são ainda encobertas pela discussão que envolve as consequências da adoção de uma ou de outra postura teórica, em razão de que, em regra, atos nulos produzem sentenças declaratórias de eficácia retroativa, enquanto que atos anuláveis produzem sentenças constitutivo-negativas de eficácia prospectiva.

É neste ebulir de discussões abertas que se inicia a presente pesquisa, a começar pela exposição do modelo norte-americano de jurisdição constitucional e a sua teoria da nulidade, realizando-se, em sequência, uma abordagem do modelo austríaco e a sua teoria da anulabilidade.

2.1 A doutrina norte-americana do “the unconstitutional statute is not law at all”

Se traçada uma linha do tempo, pode-se perceber que o direito norte-americano teve historicamente duas posições acerca da eficácia das decisões de declaração de inconstitucionalidade, tanto em relação aos sujeitos quanto em relação ao tempo.

A primeira delas teve seu ápice no período que compreende o intervalo entre a Guerra Civil e a Grande Depressão, sendo consubstanciada na ideia de que uma lei contrária à Constituição não poderia ser, de fato, uma lei. Nestes termos, encontra-se já no caso *Norton v. Shelby County* a polêmica declaração de Justice Field, que chegou categoricamente a afirmar que “an unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it

¹ Reconhece-se que a anulabilidade assenta raízes no instituto romano do *in integrum restitutio*, entretanto, conforme assevera Ávila, o seu desenvolvimento propriamente dito foi somente se desvelar com os estudos canônicos do período medieval.

² ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25.

³ *Ibid.*, p. 27.

affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed”.⁴⁻⁵

Os defensores de uma segunda vertente, por outro lado, arguíram que a adoção de uma teoria que entendesse a norma inconstitucional como nula ou inexistente seria demasiado radical, tendo em vista que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade vinculam apenas as partes envolvidas no processo de *judicial review*, em razão de que a norma – sempre analisada em concreto – poderia ou não macular atos futuros de outros sujeitos. Conforme exposto em *Shepherd v. Wheeling*, “the parties to that suit are concluded by the judgment, but no one else is bound”.⁶

Com efeito, apesar de ambas as correntes terem fundamentos substanciais distintos, Tribe reconhece que, em razão do sistema de precedentes, mesmo que uma decisão do controle de constitucionalidade seja aplicada somente às partes do processo, a transcendência argumentativa irá demandar a observância do julgado por terceiros, o que torna a decisão de inconstitucionalidade, de certo modo, um *standard* para o futuro.⁷

Nesse diapasão, Teixeira e Cicconetti explicam que o eventual entendimento da Suprema Corte em prol da inconstitucionalidade de uma norma não implica na sua anulação, pois os poderes do tribunal são limitados à reforma ou à manutenção da sentença que deu origem à controvérsia. Logo, a declaração de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento, mas a transforma na pitoresca figura da *dead law*.⁸

Em razão disso, Eduardo Schenato Piñeiro afirma que, embora no plano formal não exista uma declaração de inconstitucionalidade no direito estadunidense que tenha eficácia *erga omnes*, o precedente formado pela Suprema Corte é seguido pelos demais tribunais, de forma que os efeitos práticos da decisão se tornam vinculantes e contra todos.⁹

Apesar disso, o reconhecimento de uma eficácia vinculante em relação aos sujeitos devido ao sistema de precedentes não amenizou o problema que gira entorno da eficácia das decisões em relação ao tempo. Nisto, mesmo no sistema difuso mais tradicional do mundo, conforme qualificam Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins o direito

⁴ TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000, v. 1, p. 214.

⁵ Para fins didáticos, deve-se acrescentar que a teoria da nulidade enquanto ato inconstitucional é antecedente mesmo a casos como o paradigmático *Marbury v. Madison*, no qual foi afirmado o princípio da soberania da Constituição e tem servido como base para o controle de constitucionalidade em diversos sistemas jurídicos no mundo. Conforme demonstra Ávila, o dogma da nulidade e sua correspondência à categoria da inconstitucionalidade encontra-se remotamente em um julgado da Inglaterra que data 1610, no chamado caso Bonham. Nele, o então *Chief Justice* Coke afirmou que um ato do parlamento contrário ao direito e à razão deve ser controlado e julgado nulo. ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25.

⁶ TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000, v. 1, p. 214.

⁷ *Ibid.*, p. 215.

⁸ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**: Brasil, Itália, Alemanha e EUA. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 284.

⁹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade**: direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 48.

estadunidense, encontram-se variações que apontam para diversas técnicas decisórias para além da declaração de nulidade *ipso iure*.¹⁰⁻¹¹

Nesse sentido, uma das vozes mais eloquentes da doutrina da teoria da nulidade no direito americano, Justice Holmes, proferiu a célebre frase no caso *Kuhn v. Fairmont Coal*: “I know of no authority in this Court to say that, in general, state decisions shall make law only for the future. Judicial decisions have had retrospective operation for near a thousand years”.¹²

O caso paradigmático que lançou as bases para uma discussão mais precisa sobre a eficácia temporal das decisões da Suprema Corte foi o julgado *Linkletter v. Walker*. Em apertada síntese, Linkletter havia sido condenado criminalmente com base em um sistema de provas posteriormente declarado contrário à Constituição, conforme decisão do caso *Mapp v. Ohio*. Buscando rever a sua condenação, Linkletter recorreu à Suprema Corte postulando a aplicação de efeitos retroativos do caso *Mapp*, o que, ao cabo, restou indeferido pelos julgadores.¹³

O fundamento para a aplicação da eficácia restritiva da decisão do caso *Mapp* centrou-se no preocupante problema que a retroatividade causaria para a Administração da Justiça, justificando-se, para além disso, que a eficácia *ex tunc* das decisões da Suprema Corte não era requerida e nem proibida, mas algo a ser analisado pontualmente a cada caso.¹⁴

A possibilidade de manipular os efeitos temporais da decisão, contudo, requereu uma técnica ainda mais precisa da Suprema Corte, a qual, com o tempo, passou a distinguir formas de atribuição de eficácia – puramente ou seletivamente prospectiva – e também objetos de atribuição conforme o procedimento – cíveis, criminais e de *habeas corpus*.¹⁵

Contudo, as controvérsias sobre a aplicação prospectiva de um novo entendimento constitucional em relação ao princípio do *stare decisis* não foram raras, especialmente na seara penal. O fundamento da técnica prospectiva, que era justamente evitar a iniquidade (e, assim, evitar um abalo maior na confiança da Constituição), foi, ao cabo, uma das suas maiores críticas devido ao caráter ambulante da aplicação do direito.

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 499.

¹¹ De outra banda, Piñeiro vaticina que a utilização da eficácia prospectiva pela jurisdição constitucional norte-americana não deve ser confundida com a modulação de efeitos, tal como realizada no Brasil. Para o autor, a Suprema Corte não aplica uma norma inconstitucional ao caso concreto quando opta pela eficácia *ex nunc*, pois tal feito seria inadmissível em razão da teoria da nulidade. O que a Corte Constitucional faz, então, é a escolha do precedente aplicável a cada caso concreto, o que se discute tomando por base as circunstâncias próprias do caso. Conforme aduz, “os tribunais daquele país não admitem que simplesmente se diferenciem os efeitos da inconstitucionalidade (...) eles somente divergem, em casos específicos, sobre a aplicação retroativa ou prospectiva do precedente que constitui a própria inconstitucionalidade”. PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade**: direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 229.

¹² UNITED STATES SUPREME COURT. **Kuhn v. Fairmont Coal Co.** Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/215/349/case.html>>. Acesso em: 25 jun. de 2017.

¹³ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 496.

¹⁴ Veja-se que, na seara criminal, após o precedente instaurado com o caso *Linkletter v. Walker*, a Suprema Corte passou a utilizar a eficácia prospectiva em suas decisões, fato que restou altamente criticado em 1981, no caso *United States v. Johnson*, assim como no caso *Griffith v. Kentucky*, em 1987. A partir deste, houve uma reviravolta que culminou na adoção da retroatividade em todos os casos, mesmo ao custo do afastamento do precedente que orientava a matéria. PIÑEIRO, Eduardo Schenato, op. cit. p. 64.

¹⁵ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade**: direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 54.

Assim, a partir do caso *Harper et. al. v. Virginia Department of Taxation*, ocorrido em 1993, sedimentou-se na jurisprudência constitucional estadunidense uma vedação aos efeitos prospectivos nos procedimentos cíveis e criminais, interpretação dada à luz da corrente contrária à aplicação seletiva de novas regras.¹⁶

Portanto, diante do exposto pode-se observar em linhas gerais que o tema da eficácia das decisões em sede de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos é objeto de discussão em razão do próprio sistema de precedentes adotado pelo *common law*, o qual consubstancia-se no nítido caráter protetivo da confiança nas instituições. Logo, para a jurisdição constitucional norte-americana, a norma contrária à Constituição é de todo nula, sendo o dever de a Suprema Corte zelar pela aplicação do precedente correto aos casos afetados pelo vício, pugnando-se pela consistência e o equilíbrio da história jurídica institucional.

2.2 O posicionamento austríaco: a anulabilidade da norma

A jurisdição constitucional austríaca, tal como a grande maioria da Europa¹⁷, diferiu-se substancialmente da tradição estadunidense, adotando um modelo inspirado pela doutrina de Hans Kelsen, inclinada a favor da teoria da anulabilidade da norma inconstitucional.

Conforme destacam Dimoulis e Soraya, na Áustria do início do século XX criou-se um grande debate sobre quem deveria receber a tarefa de guarda da Constituição, tendo em conta os riscos que esta, sendo rígida, poderia correr nas mãos do Parlamento ou de um Poder Judiciário discrepante.

À luz das contribuições de Kelsen, a solução adotada pelos austríacos foi a instituição de uma Corte Constitucional encarregada exclusivamente da fiscalização das leis e de sua compatibilidade com o que dispõe a Constituição. Nesse sentido, como muito bem aponta Eduardo Garcia de Enterría, essa proposta, inovadora para a época, foi fortemente marcada pelo anseio de Kelsen em evitar um governo de juízes, tendo em vista que, no início do século XX, eclodia em solo europeu propagandistas do chamado Movimento para o Direito Livre.¹⁸⁻¹⁹

Notadamente, apesar de não ter sido o primeiro tribunal constitucional encarregado do controle concentrado de constitucionalidade (a Constituição da Checoslováquia de 1920 instituiu o primeiro tribunal constitucional europeu, idealizado por Franz Weyr, amigo e colega de Kelsen), a corte austríaca ganhou notoriedade prática e alta relevância no mundo ocidental, sendo inclusive mundialmente conhecida como o “modelo kelseniano”.²⁰

¹⁶ Ibid., p. 65.

¹⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 43.

¹⁸ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983, p. 58.

¹⁹ Pablo Castro Miozzo, ao realizar um estudo sobre o pensamento kelseniano, vai ao encontro da observação de Garcia de Enterría, entretanto, realizando uma interessante ressalva. Para o autor, apesar de Kelsen refutar premissas tanto do Movimento para o Direito Livre quanto da Jurisprudência dos Interesses, o mestre de Viena acaba cedendo à premissas do referido movimento no momento em que trabalha o ato de interpretação judicial, no qual afirma a criatividade da atividade do juiz, que define a norma para o caso concreto. MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 205.

²⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 43.

Para o *Verfassungsgerichtshof*, uma lei contrária à Constituição não é absolutamente nula, mas anulável, preservando força jurídica até o momento da sua cassação pela decisão do tribunal.²¹ Logo, para a jurisdição constitucional austríaca, a regra é a atribuição de eficácia *ex nunc* para as decisões de inconstitucionalidade, sendo possível também a atribuição de eficácia *pro futuro* (contudo, não podendo exceder o prazo de fixação de 18 meses, conforme artigo 140, §5º, 3º período, da Constituição).

Entretanto, uma vez declarada inconstitucional, a lei deve ser extirpada do sistema legislativo, sendo que, conforme dispõe a Constituição austríaca de 1920, tal tarefa incumbe ao Presidente da República ou ao governador do estado, a depender da origem do diploma normativo, o qual será imediatamente sustado por meio de decreto.²²

Nesse sentido, conforme muito bem observa Gustavo Binbenojm, ao se estruturar com base na teoria kelseniana, o tribunal austríaco avocou para si a tarefa de controle, que, na perspectiva fornecida pela *Teoria Pura do Direito*, não é mais do que um processo especial para revogação da lei, alternativo ao processo usual realizado pelo parlamento.²³

Em relação à eficácia sobre os sujeitos, o controle de constitucionalidade austríaco é vinculante, atingindo todas as autoridades e cidadãos. Em relação ao tempo, considerando a teoria da anulabilidade, o tribunal, ao menos em sua origem, apenas atribuía eficácia *ex nunc* às suas decisões.

Tal posicionamento, no entanto, foi revisto pela reforma constitucional operada em 1975. Logo, foi reconhecido que a decisão de inconstitucionalidade repercute no caso *sub judice* (conforme artigo 140, 7, da Constituição), e que, mediante previsões explícitas, a corte poderia atribuir efeitos retroativos à sua decisão.²⁴

Um dos problemas apontados para o modelo de jurisdição constitucional austríaco é a sua baixa abertura democrática no processo de fiscalização das leis. Com efeito, em sua origem, os legitimados ativos para a proposição de ação perante a corte eram poucos, senão o governo federal e estadual e as cortes superiores.

Com a reforma constitucional de 1975, admitiu-se aos tribunais de segunda instância o poder de requerimento de realização do controle de constitucionalidade, assim como foi permitido a um terço da Câmara dos Deputados realizar o pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei federal (o que, ao cabo, permitiu à oposição parlamentar questionar a constitucionalidade das leis).²⁵

Entretanto, o aspecto mais progressista da reforma incidiu na possibilidade de qualquer interessado requerer o controle de constitucionalidade, se uma lei vier a ferir os seus direitos fundamentais. Todavia, se o fato prejudicial se der em razão da aplicação da lei por parte do Judiciário ou de autoridades administrativas, o questionamento da constitucionalidade deve ser realizado pela via das instâncias institucionais já legitimadas.²⁶

²¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 499.

²² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 46.

²³ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 37.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, op. cit., p. 47.

²⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, op. cit., p. 45.

²⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 45.

Ao cabo, conforme Dimoulis e Lunardi, a atuação da jurisdição constitucional austríaca teve, a nível prático, pouca expressão no que se refere à declaração de inconstitucionalidade de leis, sendo mais ativa em relação à anulação de decretos e na resolução de conflitos entre os estados e a federação. Na visão dos autores, tal feito se deu em razão da própria doutrina kelseniana, a qual pregava a autocontenção da corte constitucional.²⁷

3 A EFICÁCIA RESTRITIVA DAS DECISÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Demonstradas as vertentes que têm como base a teoria da nulidade e a teoria da anulabilidade da norma e as suas respectivas relações com o problema da eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade, passar-se-á agora a analisar a aplicação desses preceitos dentro da jurisdição constitucional brasileira.

Percebe-se, nesse sentido, que o grau de complexidade dessa observação é altamente elevado, tendo em vista que o Brasil, diferentemente dos países anteriormente mencionados, optou por um sistema misto de controle de constitucionalidade, abarcando tanto a via incidental quanto a via de ação.

Logo, os reflexos dessa escolha constitucional se refletem na dificuldade em se trazer sistematicidade e coerência para o tratamento da eficácia da decisão sobre a constitucionalidade da norma, visto que, como bem ressalta Octavio Campos Fischer²⁸, não se pode, a pretexto de contribuições históricas, interpretar o controle difuso brasileiro como o mesmo é interpretado nos EUA, e, ao mesmo tempo, interpretar o controle concentrado conforme a matriz europeia. O sistema brasileiro é um só, e por isso reclama homogeneidade em suas técnicas decisórias.

Assim, no primeiro tópico deste item serão tecidas algumas considerações sobre a modulação dos efeitos a partir do controle concentrado de constitucionalidade, e, no segundo, serão realizadas anotações sobre o fenômeno no controle difuso, com especial ênfase no instrumento do Recurso Extraordinário, por ser este um instrumento de apelo extremo dentro da escala jurídica recursal.

3.1 Resgate histórico da técnica modulatória: para além da Lei nº 9.868/99

A despeito de não haver dispositivo legal que determine a adoção da teoria da nulidade no direito brasileiro, esta tem sido adotada desde o início da República, a partir do reconhecimento de Ruy Barbosa de que todo ato executivo ou legislativo contrário aos precedentes constitucionais é, em essência, nulo.²⁹

Nos termos da observação de Teori Zavascki, a sentença que afirma a constitucionalidade ou que propugna a inconstitucionalidade no direito brasileiro é, em sua natureza, declaratória, admitindo-se a adoção da teoria da nulidade pela jurisdição constitucional.³⁰

²⁷ Ibid., p. 48.

²⁸ FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 189

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18.

³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48.

Conforme o autor, a decisão na ação direta ou na ação declaratória de constitucionalidade não possui eficácia constitutiva, sendo, portanto, apenas referente à validade ou nulidade da norma. Por outro lado, Zavascki admite que uma minoria doutrinária e jurisprudencial pugna pela natureza constitutiva e pela adoção da teoria da anulabilidade no direito brasileiro, tal como o Ministro Leitão de Abreu, na ADIn 652.³¹

Todavia, embora o direito brasileiro tenha adotado a teoria da nulidade enquanto eixo do controle de constitucionalidade, não faltaram casos em que a declaração de nulidade *ipso jure* e *erga omnes* deixou de ser aplicada por não ser, aos olhos da corte constitucional, a resposta mais adequada para o dilema julgado.

Notadamente, no âmbito normativo, foi somente com a promulgação da Lei nº 9.868/99, onze anos após a Constituição Federal de 1988, que se teve uma previsão formal para a instituição de eficácia restritiva às decisões de inconstitucionalidade, como se observa no artigo 27 do referido diploma.

Entretanto, muito antes disso o Supremo Tribunal Federal já modulava os efeitos de suas decisões, como, por exemplo, nos casos do RE 79.343, RE 93.356 e RE 78.209. Nesse sentido, são também decisões paradigmáticas o RE 105.789-1 e o RE 122.202, nos quais deixou-se de aplicar o efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade em razão das consequências que a mesma traria em relação aos vencimentos dos magistrados, os quais não poderiam ser reduzidos por força de princípio constitucional.³²

Com isso, pode-se perceber que o Supremo há muito vem sendo sensível às consequências de suas decisões, considerando, a cada caso, que a declaração de nulidade com efeitos retroativos pode causar, se aplicada de forma indiscriminada, lesões a direitos individuais. Nesse sentido, a vantagem da promulgação da Lei nº 9.868/99, na visão de Ana Paula Ávila, se deu no recorte de possibilidades da modulação, que, nos termos do artigo 27, só pode ocorrer com fundamento na segurança jurídica ou no excepcional interesse social.³³

Nesta senda, Piñeiro defende que, diferentemente da doutrina tradicional, que ora classifica os atos como nulos ou anuláveis, em razão da situação *sui generis* da jurisdição constitucional brasileira, seria mais adequado adotar a categoria nulificável, na qual encontram-se os atos passíveis de ser desconstituídos (*vernichten*) de forma *ex tunc* ou *ex nunc*.³⁴

³¹ Ibid., p. 48.

³² Entretanto, deve-se ter cuidado para não se simplificar o raciocínio presente em casos anteriores, sob pena de se criar um universo fantasioso. No caso do RE 78.594, julgado em 1974, por exemplo, não houve uma simples atribuição de eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, como corriqueiramente se traz nas citações acadêmicas. Em verdade, o caso foi referente a um pedido de nulidade de citação e penhora em razão do fato de que o Supremo Tribunal Federal, em decisão anterior, proferida na Rp. 882, havia declarado a inconstitucionalidade da lei do Estado de São Paulo que havia designado funcionários do Poder Executivo para executar funções próprias do cargo de oficial de justiça. Em sua decisão, o Relator, Ministro Bilac Pinto, entendeu que os atos dos meirinhos se tornaram inválidos após a declaração de inconstitucionalidade, embora a lei sempre o tenha sido. Assim, foram considerados válidos todos os atos processuais realizados, tendo em vista que a doutrina administrativista, em tese, admitiria a validade de atos praticados por “funcionários de fato”. Para tanto, ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 78.594. Recorrente: João Duarte e Cia. Ltda. Recorrida: Estado de São Paulo. Relator: Min. Bilac Pinto. Brasília, 07 de junho de 1974.

³³ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57.

³⁴ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro.** Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 226.

De outro modo, Fischer entende que a decisão sobre a eficácia das decisões de inconstitucionalidade não altera o binômio formado pelas categorias nulidade e inconstitucionalidade. O posicionamento do autor, o qual se adere, é que a eficácia é referente à decisão proferida, e não em relação à nulidade da norma. A norma assim declarada sempre será nula, pois, salvo no caso da inconstitucionalidade superveniente, ela não pode ser válida, e depois inválida. Nesse sentido, Fischer acerta ao afirmar que, uma vez reconhecido o vício, não se pode sustentar a validade da norma diante da Constituição.³⁵

Logo, as consequências desse posicionamento, que permite dizer que o efeito *ex tunc* ou *ex nunc* é da decisão, autorizam sustentar uma teoria da nulidade da lei inconstitucional ainda que se atribua eficácia prospectiva à decisão.

Contudo, apesar da alternativa teórica proposta por Fischer, somado ao fato de que a Lei nº 9.868/99 reconhecidamente não inovou no ordenamento enquanto possibilidade de modulação, parcela da doutrina ainda tem se mostrado crítica à lei, postulando a sua inconstitucionalidade em razão da abertura dada ao Supremo Tribunal Federal em face de seus conceitos jurídicos indeterminados.

Despontando enquanto crítica, Marcelo Cattoni de Oliveira se mostra apreensivo com a possibilidade de que o Supremo, ainda que declare inconstitucional determinada lei ou ato normativo, venha a exigir o seu cumprimento por parte do Poder Executivo, Judiciário e da cidadania em geral.³⁶

Da mesma forma, Ivo Dantas entende que a possibilidade de um ato declarado inconstitucional ainda produzir efeitos (no caso da eficácia *pro futuro*) ou mesmo de não retroagir em proteção ao cidadão (no caso de eficácia *ex nunc*) caracteriza-se como afronta à Constituição. Nesse sentido, para ilustrar o seu posicionamento, o autor utiliza um exemplo *ad absurdum*, no qual, em razão de necessidade de caixa, o Supremo Tribunal Federal modularia os efeitos de medida provisória instituidora de tributo inconstitucional por cinco anos.³⁷

No entanto, apesar das críticas expostas, acredita-se viável a modulação dos efeitos quando a mesma é realizada em favor da Constituição. Logo, o raciocínio realizado mesmo antes da promulgação da Lei nº 9.868/99 é correto quando afasta uma aplicação retroativa da decisão na hipótese de as consequências da eficácia *ex tunc* serem contrárias ao próprio texto constitucional. Naturalmente, isso cria uma obrigação ao intérprete, que deve sopesar todas as situações possíveis, pois a aplicação da eficácia prospectiva não pode se dar em quaisquer termos. Nesse sentido, os parâmetros da decisão sobre a eficácia reclamam a adoção de um paradigma adequado ao Estado Democrático de Direito, objeto de discussão no último item desta pesquisa.

3.2 A modulação no controle difuso e a abstrativização do controle *incidenter tantum*

Se, por um lado, a possibilidade de aplicação da eficácia restritiva no controle abstrato de constitucionalidade, apesar de sua previsão normativa, ainda carece de justificativas para uma aplicação adequada, o

³⁵ FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 246.

³⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 242.

³⁷ DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2001, p. 245.

mesmo também ocorre com o controle difuso, que apenas recentemente teve a possibilidade de modulação reconhecida pela via legislativa, que se deu através da publicação do novo código de processo civil. Nesse sentido, será realizada uma breve abordagem sobre a modulação dos efeitos em sede de Recurso Extraordinário, principal meio de acesso à jurisdição constitucional difusa do STF.

Em seu nascedouro, o Recurso Extraordinário serviu como meio de revisão das decisões dos tribunais inferiores, sendo instituído no Brasil por meio do Decreto nº 848/1890, inspirado no *writ of error* do direito estadunidense.³⁸

Foi somente em 1988, com a promulgação da Constituição Federal e a instituição do Superior Tribunal de Justiça, que houve uma primeira grande reviravolta no instituto do Recurso Extraordinário. A nova lei fundamental, que, segundo Mendes, pretendeu dar ao Supremo uma feição mais próxima de Corte Constitucional, tal como as cortes europeias, reformulou o Recurso Extraordinário, estabelecendo-o como meio de impugnação das decisões violadoras de normas constitucionais, afastando-se assim da matéria da legislação ordinária.³⁹

Nesta nova organização processual constitucional, pretendeu-se também reduzir o volume de trabalho do STF, entretanto, sem lograr muito sucesso prático. Na verdade, o acúmulo de serviço apenas ensejou o desenvolvimento de novas técnicas de barreira, tal como a chamada “jurisprudência defensiva” e o desenvolvimento tardio das súmulas vinculantes.

No anseio de se reduzir o número de processos que chegava à jurisdição constitucional do Supremo, passou-se a adotar não só instrumentos e técnicas decisórias que limitavam o acesso à cúpula judiciária, mas também se instigou o surgimento de disposições legislativas que iam ao encontro dessa tendência. Nesse sentido, o Recurso Extraordinário foi paulatinamente perdendo seu aspecto marcadamente subjetivo de defesa do interesse das partes, em favor de um caráter objetivo, de defesa da ordem constitucional.⁴⁰

Notadamente, um dos institutos mais significativos neste processo de abstrativização (ou objetivação) do controle difuso é a repercussão geral, instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com o nítido propósito de restaurar o papel de uniformização da jurisprudência do Recurso Extraordinário.

A repercussão geral – instituto que claramente visa restringir o acesso à instância superior extraordinária – tem como pressuposto a caracterização de uma demanda como transcendente aos interesses subjetivos da causa, exigindo-se, para tanto, apresentação formal preliminar e fundamentada.⁴¹

Com isso, ou a demanda proposta tem a repercussão geral reconhecida – seja ela de caráter econômico, político, social ou jurídico – garantindo, assim o sobrestamento dos demais processos em tramitação, ou não é conferida a repercussão geral e todos os demais recursos sobre o mesmo tema são inadmitidos.⁴² Nesta senda, o instituto da repercussão geral conecta-se diretamente com o deslocamento do caráter subjetivo do Recurso

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 739.

³⁹ *Ibid.*, p. 740.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 741.

⁴¹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade**: direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: SAFe, 2012, p. 186.

⁴² *Ibid.*, p. 187.

Extraordinário em direção ao caráter objetivo, revelando assim verdadeiro instrumento de apelo do controle difuso de constitucionalidade.

Ocorre, entretanto, que na medida em que cresce o fenômeno da abstrativização do controle difuso através dos filtros institucionais postos ao Recurso Extraordinário (como é a repercussão geral), maior se torna a problemática em relação aos efeitos da decisão proferida, especialmente quando se observam as diferenças clássicas entre o controle difuso e o controle abstrato de constitucionalidade.

Como regra, o controle difuso de constitucionalidade vincula as partes do processo – diferindo-se assim do controle concentrado – fazendo, assim, com que a decisão de inconstitucionalidade, quando proferida pelo Supremo, acarrete no comunicado de sustação de efeitos ao Senado Federal, conforme dispõe o artigo 52, X, da Constituição Federal.

Entretanto, diante desse “novo” caráter da jurisdição extraordinária, há muito se tem mitigado o papel do Senado Federal, circunstância que se deu através de decisões do Supremo Tribunal Federal, como é o caso da Reclamação nº 4335/AC.

Nesse sentido, parte da doutrina tem se mostrado crítica à suposta mutação constitucional do artigo 52, X, o qual tem sido lido de forma a dar ao Senado o papel de responsável pela *publicidade* da suspensão da execução da lei, e não da *suspensão* em si mesma. Nesta senda, Clarissa Tassinari chega a caracterizar a decisão do Tribunal que assim decidiu como verdadeiro lastro do ativismo judicial.⁴³

Sendo ativismo ou não – o que reclama uma discussão própria – é necessário concordar com Tassinari que as consequências para a sistemática do controle de constitucionalidade são radicais: uma aproximação sem tamanho entre o sistema difuso e o sistema concentrado de constitucionalidade.

Ao cabo, as questões que surgem em relação à aproximação prática dos dois sistemas incidem na problemática da modulação temporal dos efeitos das decisões da jurisdição constitucional. Se, em sede de Recurso Extraordinário, o Supremo optar pela inconstitucionalidade de uma norma, os efeitos dessa decisão, a partir de seu novo entendimento, não vincularão apenas as partes do processo, mas todos os litigantes que discutem suas demandas com base na norma impugnada.

Portanto, diante da possibilidade de uma eficácia que, senão for considerada *erga omnes*, é, no mínimo, muito similar a ela, é sadio e coerente para a jurisdição constitucional discutir a modulação dos efeitos no controle difuso quando a decisão proferida revelar um novo entendimento que eventualmente prejudique a proteção da confiança e a segurança jurídica.

Notadamente, sabe-se que a aplicação da eficácia restritiva das decisões na jurisdição constitucional se deu em sede de controle difuso mesmo antes da edição da Lei nº 9.868/99, conforme os casos anteriormente explicitados. Entretanto, diante do instituto da repercussão geral, regulamentado a partir da Lei nº 11.148/06, e sob o espectro do novo código de processo civil, há novos elementos para o debate que exigem um reposicionamento dos juristas.

Um dos elementos que deve ser considerado está presente no artigo 927 do NCPC, o qual contém os parâmetros para que a jurisprudência se firme com estabilidade, coerência e integridade. Nele, encontra-se que a

⁴³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 131.

jurisdição ordinária deve observar os acórdãos de decisões julgadas em sede de Recurso Especial e Extraordinário repetitivos, de forma a garantir a hierarquia dos casos julgados pelas instâncias superiores.⁴⁴

Com isso, estabeleceu-se um efeito vinculante para essas decisões, o qual é criticado por Streck e Abboud, que demonstram preocupação com a possibilidade de engessamento da jurisprudência, que deverá se pautar pelo dispositivo de um único caso julgado, ainda que seja oriundo de demandas repetitivas.⁴⁵ Nesse sentido, os autores mostram-se apreensivos com a forma pela qual o NCPC buscou, de maneira apressada e equivocada, incorporar no direito brasileiro o princípio do *stare decisis*.

Nesta senda, a modulação dos efeitos, à luz do novo código, pode ser realizada tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que sua função esteja relacionada com a manutenção da integridade, de forma a evitar rupturas que atentem contra a melhor leitura do ordenamento, que deve se manter coerente ao máximo possível.

Consequentemente, os fundamentos da modulação temporal que antes serviam apenas para o controle concentrado transferem-se também para o controle difuso, tendo em vista o caráter transcendental das demandas que faz com que o seu resultado tenha relevância para a uniformização da interpretação constitucional à nível nacional.

Logo, a aplicação da eficácia restritiva das decisões adquire um novo sentido no controle difuso de constitucionalidade quando se percebe o papel de manutenção da coerência e da integridade realizado pelos tribunais superiores, que não podem ser reduzidos à meras instâncias recursais.

Assim, devido à forma com que tem sido tratado o controle difuso, especialmente naquilo que se refere ao seu instrumento último, que é o Recurso Extraordinário, não há dúvidas de que a sua abstrativização é uma consequência do dever de unidade da jurisprudência nacional, o que torna, assim, a modulação temporal de efeitos uma possibilidade que tem fundamento nos mesmos termos do controle concentrado. Nesta senda, pode-se dizer que a autorização prevista no novo CPC veio somente para legitimar normativamente uma situação já trabalhada na prática da jurisdição constitucional.

4 DECISÃO JUDICIAL OU MERA POLÍTICA JUDICIÁRIA? CRÍTICAS À DISCRICIONARIEDADE ENQUANTO ÁLIBI TEÓRICO DA MODULAÇÃO (E AO POSITIVISMO NORMATIVISTA ENQUANTO MATRIZ TEÓRICA)

Admitindo-se a possibilidade de atribuição de efeitos restritivos à decisão de inconstitucionalidade através da técnica da modulação, surge, enquanto preocupação jusfilosófica, a indagação sobre o quê – ou mais propriamente, qual paradigma – pode sustentar uma decisão de efeitos que não sejam *ex tunc* na jurisdição constitucional brasileira – considerando-se, para tanto, que a regra constitucional é a aplicação da teoria da nulidade com efeitos retroativos da decisão.

⁴⁴ Há autores, no entanto, que defendem que, por não haver previsão constitucional de efeito vinculante nas decisões em sede de Recurso Especial e Extraordinário, tal previsão do NCPC padeceria de vício de inconstitucionalidade. Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Artigo 927. In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. C. (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1204.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Artigo 927. In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. C. (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1193.

Uma das respostas – talvez a mais comum delas – é atribuir a justificativa da possibilidade do manejo da eficácia das decisões ao postulado do positivismo jurídico, e, por consequência, à discricionariedade judicial, uma de suas principais categorias referentes ao problema da decisão.

Nesta perspectiva encontra-se a crítica de Lenio Streck, que demonstra preocupação com a enorme discricionariedade que a regra contida no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 proporciona ao Supremo Tribunal Federal. Afinal, ao lado da segurança jurídica, a lei permitiu a modulação de efeitos na hipótese de “excepcional interesse social”, inclusive facultando ao tribunal fixar uma decisão de eficácia *pro futuro*.⁴⁶

Com efeito, a crítica de Streck é ainda mais contundente ao abordar a possibilidade de determinação de uma data para a inconstitucionalidade para além da eficácia *ex nunc*. Para o autor, trata-se de uma alternativa abominável no direito brasileiro, a qual coloca a Constituição ao completo dispor do Supremo Tribunal Federal, o que, ao cabo, só vem a fragilizar a sua força normativa.⁴⁷

Trata-se, sem dúvida, de uma questão complexa. Entretanto, mostra-se necessário concordar com Streck no sentido de que a determinação da restrição da eficácia temporal das decisões na jurisdição constitucional não pode se dar ao alvedrio dos julgadores, e isso se deve em razão de um paradigma informador do Estado Democrático de Direito que não mais corresponde (ou não mais deveria corresponder) ao formalismo kelseniano.

Isso ocorre porque a discricionariedade, própria do normativismo e de outras formas positivistas, tem servido como álibi teórico para decisões discrepantes, as quais somente se justifica(ria)m através da filosofia da consciência, matriz de pensamento que assujeita o objeto de apreço, imprimindo caracteres pessoais em decisões ao ponto de torná-las mais fruto do sujeito que julga do que do órgão que ele apresenta.

A partir do giro hermenêutico, não se pode mais aceitar essa perspectiva que resulta na intempérie do solipsismo judicial, sendo necessário incorporar no comportamento dos juristas uma nova prática que afaste a filosofia da consciência em prol da filosofia da linguagem.

A relação de conhecimento, a partir disso, não ocorre entre um sujeito que apreende um objeto de estudo, mas reside na linguagem: é somente através dela que é possível ser no mundo, conforme há muito anunciado por Heidegger e Gadamer.⁴⁸ Logo, não há que se falar em uma decisão tomada simplesmente a partir de uma lacuna discricionária, quando são vários os condicionantes que restringem as possibilidades de decisão, as quais serão reduzidas ainda mais através do controle intersubjetivo dos proferimentos realizados entre locutores e interlocutores.

Assim, no que se refere à decisão que atribui eficácia restritiva à declaração de inconstitucionalidade, resta indefensável qualquer postura que admita a modulação como mera alternativa disponível ao Supremo, a depender apenas do preenchimento do quórum legal. Pelo contrário: o mínimo que se exige enquanto condição de possibilidade para se afastar a aplicação da eficácia *ex tunc* é o exaustivo debate sobre o conteúdo da “segurança jurídica” ou do “excepcional interesse social”, pois, no desvelar do giro linguístico, os juristas devem reconhecer que o sentido dessas expressões não está disponível *a priori*.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 541.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 545.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 14.

Nesta senda, surge outra problemática referente ao positivismo jurídico, especialmente em relação à vertente kelseniana. Enquanto paradigma, o mesmo é apegado ao mais rigoroso formalismo – o que, diga-se de passagem, é compreensível, dadas as categorias validade e norma fundamental. No entanto, ao dar primazia à forma, o paradigma positivista acabou criando um mundo de conceitos jurídicos que, ao cabo, realizam uma redução da realidade.

Os reflexos dessa postura teórica são, na contemporaneidade, no mínimo desastrosos. Não é preciso ir longe para verificar que nem toda a realidade é cabível na norma – ainda que se reconheça a textura aberta como uma de suas características inafastáveis, tal como o fez Herbert Hart em sua obra *O conceito de direito*.

No entanto, ao isolar as operações jurídicas às categorias formais o positivismo cria e legitima a possibilidade de haver decisões absolutamente descoladas da realidade, sendo perfeitas na perspectiva normativo-hierárquica, mas não raro inexequíveis no plano empírico.

Essa situação aparentemente paradoxal é o que alimenta a crítica daqueles que são resistentes à possibilidade de restrição da eficácia das decisões no controle de constitucionalidade. Para os mais céticos, cumprir a Constituição implica em observar de forma exclusiva a sua textualidade, afastando de maneira absoluta qualquer disposição em contrário.

Neste ponto, surge enquanto problema uma questão preponderantemente interpretativa, da qual não se discorrerá, por não ser objeto específico desta análise. Entretanto, não se pode deixar de questionar sobre o que de fato significa cumprir a Constituição – seria uma exigência da lei fundamental uma observação puramente normativista?

Konrad Hesse, em seu clássico *Die normative Kraft der Verfassung*, já dizia ser necessário um entrelaçamento entre a realidade social e a norma constitucional, sendo ambas interdependentes.⁴⁹ Portanto, aplicar a modulação de efeitos deixa de ser um paradoxo na medida em que se compreende que cumprir a Constituição pode implicar, por mais das vezes, em uma decisão que assegure a confiança daqueles que nela depositaram sua fé através da não aplicação da retroatividade que desconstituiria todos os atos anteriores à decisão do tribunal constitucional.

Nesta senda, torna-se imperativo trazer luz ao pensamento de Dworkin, para quem as decisões judiciais devem se basear em princípios, e não em meros argumentos de política. “Política”, segundo o jusfilósofo norte-americano, é uma espécie de padrão que revela objetivos a serem perseguidos, como alguma melhoria no setor social ou econômico. “Princípio”, por outro lado, é um padrão que não promove uma meta almejada, mas que assegura o cumprimento de medidas impostas pela justiça e pela equidade.⁵⁰

Logo, ao restringir a eficácia das suas decisões, o órgão constitucional deve trazer argumentos de princípio que demonstrem a imprescindibilidade da adoção da medida contrária à tradição da Corte. Nesse sentido, o exemplo dado por Ivo Dantas, citado anteriormente, seria incabível como hipótese de modulação, pois aplicar a eficácia

⁴⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991, p. 22.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

restritiva para fazer caixa é um caso nítido de uso de argumento de política, que não pode servir como fundamento decisório na jurisdição constitucional.⁵¹

Por todo o exposto, resta evidente que uma matriz de fundo positivista, calcada na filosofia da consciência, já não é suficiente (se é que um dia o foi) para lidar com a complexidade que envolve a efetividade constitucional e as suas demandas tangentes, como é o caso do problema da eficácia restritiva das decisões.

Assim, mostra-se necessário aderir a um novo paradigma – aqui sugere-se o hermenêutico – para fundamentar as novas posturas que a jurisdição constitucional deve tomar, primando-se pela máxima coerência e integridade, respeitando os direitos individuais e o horizonte de sentido proporcionado pela tradição.

Trata-se, ao cabo, de um verdadeiro desafio, mesmo para a matriz hermenêutica, a qual terá que lidar com uma série de elementos diversificados – entretanto, pela sua própria abertura e forma complexa de observar o mundo, a mesma parece ser a mais adequada para superar o formalismo normativista e, assim, enfrentar os novos desafios impostos pela contemporaneidade em matéria constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é ainda um tema conturbado na jurisdição constitucional, ainda que seu debate não seja recente. Observa-se que tanto na Suprema Corte estadunidense quanto no Tribunal Constitucional austríaco, cujas tradições, desde a sua origem, caminharam por lados opostos, tiveram momentos de relativização de seus julgados em relação ao problema da eficácia temporal das decisões.

Na jurisdição constitucional brasileira, tal controvérsia não poderia ser menor, tendo em vista o caráter misto que foi adotado para o controle de constitucionalidade, simultaneamente difuso e concentrado. Logo, adotar uma teoria que abarque ambos os sistemas de forma coerente, preservando a integridade do ordenamento, é o maior desafio para os juristas preocupados com as decisões proferidas pela Corte Constitucional.

Com efeito, não se pode deixar de perceber que, embora o direito brasileiro tenha se firmado a favor da nulidade da lei inconstitucional, não faltaram momentos em que a aplicação da decisão surtiu efeitos prospectivos, mantendo os atos anteriores, constituídos ao lume da norma viciada. Notadamente, tal prática, aceita em casos excepcionais, apenas foi avalizada pela Lei nº 9.868/99, que não trouxe, de fato, uma inovação com a instituição do artigo 27.

No entanto, é notório que, se não trouxe uma inovação propriamente dita, a previsão normativa do artigo 27 certamente renovou o debate inacabado sobre a relação entre a categoria inconstitucionalidade e a categoria nulidade (ou anulabilidade) da norma. Nesse sentido, o próprio direito estadunidense reconhece que há uma inconsistência em se afirmar que a norma inconstitucional é nula, devendo ser tratada como se não houvesse existido, pois há uma diferença (ainda que sutil e controversa) entre o plano da validade e o plano da existência da norma jurídica.

⁵¹ Veja-se que já no Recurso Extraordinário nº 197.917-SP, o Ministro Gilmar Mendes ressaltava o fato de que a não aplicação da teoria da nulidade pela jurisdição constitucional era feito excepcional, devendo se pautar por fundamento constitucional próprio, e não por mera política judiciária.

Uma alternativa para esse paradoxo refletido na jurisdição constitucional é acolher a doutrina que vaticina que a eficácia, seja ela *ex tunc* ou *ex nunc*, é referente à decisão proferida, e não em relação à norma. Esta, se considerada inconstitucional, certamente não pode ter sua validade prorrogada pelo Judiciário, que, no entanto, pode manipular os efeitos de sua decisão, quando tal atividade privilegiar a Constituição.

Nesta senda, surge o problema dos parâmetros que devem limitar o poder de modulação temporal dado aos julgadores. Apesar de a Lei nº 9.868/99 fixar duas hipóteses (segurança jurídica ou excepcional interesse social – o qual é de constitucionalidade duvidosa), seus conceitos são demasiado abertos, dando margem, assim, a escolhas problemáticas.

A solução para esse problema, ao que se vislumbra, é a adoção de uma matriz teórica de cunho hermenêutico, refutando-se, assim, o positivismo normativista, por ser impróprio para o paradigma do Estado Democrático de Direito. Notadamente, modular ou não a eficácia das decisões não pode ser apenas uma possibilidade discricionária, mas deve ser uma decisão pautada por argumentos de princípio que deem maior efetividade para os preceitos constitucionais.

Por certo que essa não é uma resposta pronta para as controvérsias que circundam o tema. Entretanto, ela é adequada por demonstrar o caminho para uma jurisdição mais coerente num universo em que não existem respostas *a priori*, mas construções realizadas através da troca de razões públicas, as quais devem pautar o exercício do direito.

6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 78.594**. Recorrente: João Duarte e Cia. Ltda. Recorrida: Estado de São Paulo. Relator: Min. Bilac Pinto. Brasília, 07 de junho de 1974. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_78594_SP_1278709121052.pdf?Signature=f5pNAcRV0R5AyF5IGIPxXIUBfrs%3D&Expires=1499291753&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=95a89ff90f9f6f34c5eb20724ac4947b>. Acesso em: 05 jul. 2017,

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**: Brasil, Itália, Alemanha e EUA. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade**: direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: SAFe, 2012.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000, v. 1.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Kuhn v. Fairmont Coal Co.** Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/215/349/case.html>>. Acesso em: 25 jun. de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Artigo 927. In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. C. (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Submissão: 04.04.2018

Aprovação: 03.12.2018