

MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DE DECISÕES EM SEDE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DO DIREITO COMPARADO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na análise da evolução do controle de constitucionalidade das normas, observa-se que o legislador constituinte nacional inseriu, no ano de 1965, paralelo ao já existente controle incidental de normas, o controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal, para aferição da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Naquele contexto, por diversas razões, o direito de propositura da ação foi conferido exclusivamente ao Procurador-Geral da República.

Quando da promulgação da Constituição de 1988, houve uma ampliação significativa dos mecanismos de proteção judicial, e assim também do controle de constitucionalidade das leis. Se o acirrado debate que se estabeleceu após 1965, em sede doutrinária, acerca da exclusividade da ação por parte do Procurador-Geral da República não foi o suficiente para acarretar uma modificação no entendimento jurisprudencial consolidado acerca do tema, é notória a constatação de que ele foi crucial para a mudança introduzida através do legislador constituinte de 1988, com o importante aumento do rol de legitimados para propositura da ação direta (CF, art. 103).

Tais escolhas reforçam a noção de que, com esta abrangente legitimação e o deferimento do direito de propositura a diversas instituições representantes de uma sociedade plural, aspirou o legislador constituinte transformar o controle abstrato de normas no mais importante mecanismo de correção do ordenamento jurídico. Dessa forma, atenuando o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, pretendeu tal legislador tratar as maiores e mais relevantes discussões constitucionais no âmbito do controle abstrato de normas. É exatamente isso o que vem mostrando a experiência constitucional posterior à Constituição de 1988.

Seguindo tendência no direito comparado, é notório o advento da Lei n. 9.868/99, apta a firmar relevantes modificações na técnica de decisão de controle de constitucionalidade brasileiro. Certamente a mais expressiva modificação está no bojo de seu artigo 27. Eis o seu teor:

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.

Diante de tal dispositivo, fica claro e manifesto o fato de que o legislador deliberou propositadamente no sentido de optar por um recurso diferente da pura e simples teoria das nulidades, que corresponde à tradição brasileira. Desse modo, essa possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei autoriza o Supremo Tribunal Federal a fazer uma análise específica de cada caso, mensurando as consequências da determinação de efeitos *ex tunc*.

Tomando-se em conta a recente aplicação do instituto na experiência brasileira, observa-se que a jurisprudência acerca do tema é ainda incipiente, reclamando, assim, parâmetros para a delimitação do âmbito de aplicação da técnica. É cabível e urgente, então, a análise das possibilidades de decisão que estão abertas para o Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade das leis.

2 DIREITO COMPARADO

O propósito desta análise é considerar o uso da modulação temporal dos efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade na experiência estrangeira, fazendo uso de uma breve análise histórica. O desejo principal é que seja possível descortinar de maneira comparativa a prática de determinados sistemas jurídicos orientadamente elegidos para tal intento.¹ Tal intento diz respeito à tentativa de se buscar balizas na experiência alienígena para se tentar traçar os limites e contornos da aplicação do instituto da modulação no direito brasileiro.

2.1 EUA

¹ Cabe aqui, de pronto, a advertência de Paulo Bonavides: “Não se contraponha que as considerações copiosamente expendidas acerca dessa nova direção jurisprudencial se prendem a sistemas jurídicos diferentes, ao direito de outros países e que são de todo inúteis para a nossa ordem de instituições. A uma assertiva desse jaez, notoriamente inane e descabida, basta, para desvanecê-la, não perder de memória que todo o Direito Constitucional brasileiro durante a Primeira República evolreu doutrinariamente atado a clássicos do direito público norte-americano e a juízes célebres da Suprema Corte dos Estados Unidos, cujas lições sobre *judicial control*, por exemplo, foram aqui acolhidas em razões forenses, arrestos, artigos de doutrina, bem como em inumeráveis publicações que opulentaram nossas letras jurídicas” (Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 353-354).

O controle jurisdicional como o conhecemos hoje é fruto do gênio americano, “sendo fruto de uma feliz reflexão acerca da supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias”². Ensina Laurence H. Tribe que as bases do controle de constitucionalidade norte-americana estavam assentadas sobre os dois alicerces firmados pelo *Chief Justice* John Marshall. Marshall, assentando que a Constituição era a lei fundamental do País, e não meramente uma declaração de intenções políticas, considerou que a Constituição era um tipo de lei que os tribunais identificariam e aplicariam³.

No célebre caso “Marbury vs. Madison”, Marshall arrematou que a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma não poderia ter eficácia prospectiva, pois tal fato importaria em aceitar que uma lei que contrariou a Constituição produziu em algum momento efeitos válidos. Em outras palavras, durante certo período de tempo a norma infraconstitucional se sobreponha à Constituição, haja vista ter contrariado seus preceitos e permanecido impune⁴. Assim, a inconstitucionalidade é a expressão da existência de um vício capital, ínsito à lei defeituosa, o qual exige do Judiciário seja declarada a invalidez do ato impugnado⁵. Acerca da decisão de Marshall, assevera Paulo Bonavides:

Sustentava ele então a irrefutável tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária, ao declarar, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz (*null and void and of no effect*)⁶.

Não obstante, tomado como importante ferramenta do viés ativista da Suprema Corte, a partir da década de 1960, o emprego dos efeitos prospectivo começou a se difundir notadamente nos casos criminais.

Neste contexto, relacionado ao caso *Mapp vs. Ohio*, é de relevo o caso *Linkletter vs. Walker*, quando a Suprema Corte deliberou que a Constituição nem proíbe e nem determina o efeito retroativo e, casuisticamente, deve ser definido se se aplica o efeito retroativo ou o prospectivo.

² Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 316.

³ Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2. Ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 26-27.

⁴ Dalton Luiz Dallazem. *O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança*. In Repertório de Jurisprudência IOB, nº 11/2002 – Caderno 1, p.398.

⁵ Paulo Gustavo Gonçalves Branco. *Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei*. In Direito Público, nº 8, abril/junho, 2005, p. 154.

⁶ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 322

Em 19.06.1961, a Suprema Corte, em decisão tomada em *Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 643, contrariando o julgamento da instância inferior⁷, assentou que a “regra de exclusão” - fundada na Quarta Emenda da Constituição -, que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes federais, deveria ser estendida também às Cortes estaduais. A decisão provocou muita controvérsia, mas os defensores da “regra de exclusão” sustentavam constituir esta a única forma de garantir que provas obtidas ilicitamente não fossem utilizadas⁸.

Em 11.03.1965, a “Suprema Corte americana admitiu o *certiorari* requerido por *Linkletter*, restrito à questão de saber se deveria, ou não, aplicar efeito retroativo à decisão proferida no caso *Mapp*”⁹. Em tal julgamento, um condenado pelo crime de *simple burglary* na Corte de Louisiana¹⁰ impetrou *habeas corpus*, desejando um novo julgamento com fundamento na decisão do caso *Mapp vs. Ohio*. Em 07.06.1965, a Suprema Corte decidiu o caso *Linkletter vs. Walker*, 381 U.S. 618, postulando, quanto àqueles casos que tiveram o julgamento final antes da decisão proferida no caso Mapp, no sentido contrário à aplicação retroativa da “regra de exclusão” estabelecida neste caso.

Fundamentando o indeferimento do efeito retroativo, a Suprema Corte, asseverou que:

“Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4a. Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de ‘depreciar’ a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que ‘na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência’.¹¹”

⁷ A condenação de Dolree Mapp, acusada de portar material pornográfico, em evidente violação às leis de Ohio, foi obtida com base em evidências captadas pela polícia quando adentraram sua residência, em 1957, apesar de não disporem de mandado judicial de busca e apreensão.

⁸ Essa decisão traduz uma significativa mudança de orientação até então esposada pela Suprema Corte, superando o precedente *Wolf vs. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos Estados, e àqueles acusados, cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de *habeas corpus*.

⁹ Christina Aires Corrêa Lima. *O Princípio da Nulidade das Leis Inconstitucionais*, UnB, 2000, p. 84.

¹⁰ No caso em tela, Victor Linkletter foi conduzido à delegacia policial, revistado, teve suas chaves tomadas e, após ser preso, policiais revistaram sua casa, apreendendo bens e documentos. Posteriormente, houve invasão, revista e apreensões em seu local de trabalho. Destaque-se que tais buscas foram efetuadas sem qualquer mandado judicial. A Corte Distrital do Estado de Louisiana, entretanto, decidiu, com fundamento nas leis do Estado, que a prisão de Victor Linkletter tinha motivo razoável (*reasonable cause*), bem como asseverou serem razoáveis as buscas, declarando, por conseguinte, válidas as apreensões. A decisão da Suprema Corte da Louisiana data de fevereiro de 1960. Em 19.06.1961, a Suprema Corte tomou a decisão no caso Mapp. Logo depois, Victor Linkletter impetrou *habeas corpus* sob o fundamento expresso pela decisão tomada no caso Mapp.

¹¹ No original: “Once the premise is accepted that we are neither required to apply, nor prohibited from applying, a decision retrospectively, we must then weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation. We believe that this approach is particularly correct with reference to the Fourth Amendment’s

Em acréscimo:

“A conduta imprópria da polícia, anterior à decisão em Mapp, já ocorreu e não será corrigida pela soltura dos prisioneiros envolvidos. Nem sequer dará harmonia ao delicado relacionamento estadual-federal que discutimos como parte do objetivo de Mapp. Finalmente, a invasão de privacidade nos lares das vítimas e seus efeitos não podem ser revertidos. A reparação chegou muito tarde.”¹²

Em resumo, os primordiais arremates do caso *Linkletter vs. Walker* são os seguintes, em tradução livre:

- (a) O efeito de uma decisão subsequente de invalidade sobre os julgamentos anteriores, quando atacados de maneira colateral, não leva à invalidade automática retroativa, mas depende de considerações sobre as relações e condutas particulares, ou direitos reivindicados como adquiridos do que de determinações anteriores que seriam presumidas com certa finalidade, bem como política pública à luz da natureza do ato normativo e sua prévia aplicação. [...].
- (b) Nenhuma distinção é estabelecida entre lide civil e criminal.
- (c) A Constituição nem proíbe e tampouco requer efeito retroativo e em cada caso a Corte determina se é apropriada a aplicação retroativa ou prospectiva. Essa abordagem é particularmente correta com referência aos ditames desarrazoados de busca e apreensão vedados pela Quarta Emenda.
- (d) O propósito principal de *Mapp v. Ohio* foi a execução (enforcement) da Quarta Emenda pela inclusão da regra de exclusão (exclusionary rule) dentro dos seus direitos, e tal propósito não deveria ser avançado a ponto de tornar a regra retroativa.
- (e) A data da apreensão no caso *Mapp* (que precedeu o presente caso) não tem significado legal; a data crucial é a data do julgamento no caso *Mapp* que modificou a regra.¹³

Registre-se, por relevante, as dissidências levantadas pelo *Justice Black*, acompanhadas pelo *Justice Douglas*, que asseverou que a regra de exclusão estabelecida no

prohibitions as to unreasonable searches and seizures. Rather than "disparaging" the Amendment, we but apply the wisdom of Justice Holmes that "[t]he life of the law has not been logic; it has been experience". (*Linkletter vs. Walker*, page 381 U. S. 629). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/case.html#639>. Acesso em: 02.06.2014

¹² No original: “The misconduct of the police prior to Mapp has already occurred, and will not be corrected by releasing the prisoners involved. Nor would it add harmony to the delicate state-federal relationship of which we have spoken as part and parcel of the purpose of Mapp. Finally, the ruptured privacy of the victims' homes and effects cannot be restored. Reparation comes too late”. (*Linkletter vs. Walker*, page 381 U. S. 637). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/case.html#639>. Acesso em: 02.06.2014

¹³ No original: “(a) The effect of a subsequent ruling of invalidity on prior final judgments when collaterally attacked is not automatic retroactive invalidity, but depends upon a consideration of particular relations and conduct, or rights claimed to have become vested, of status, of prior determinations deemed to have finality, and of public policy in the light of the nature of the statute and its previous application. [...]; (b) No distinction is drawn between civil and criminal litigation; (c) The Constitution neither prohibits nor requires retroactive effect, and in each case, the Court determines whether retroactive or prospective application is appropriate. This approach is particularly correct with reference to the unreasonable search and seizure prescription of the Fourth Amendment; (d) The primary purpose of *Mapp v. Ohio* was the enforcement of the Fourth Amendment through the inclusion of the exclusionary rule within its rights, and this purpose would not be advanced by making the rule retroactive; (e) Other areas in which rules have been applied retrospectively concerned the fairness of the trial, which is not under attack here; (f) The date of the seizure in *Mapp* (which preceded that here) is of no legal significance; the crucial date is the date of the *Mapp* judgment which changed the rule” (*Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 1965). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/case.html>. Acesso em: 02.06.2014

precedente *Mapp vs. Ohio* deveriam se aplicar ao Requerente, sob pena de tratamento discriminatório em relação a duas situações semelhantes e separadas no tempo por um breve período, pouco maior que um ano.

Posteriormente, após o julgamento de outros casos – na maior parte das vezes de índole criminal – com tal questão¹⁴, a orientação que por fim predominou na Suprema Corte, com relação aos casos diretamente pendentes de revisão (*cases pending on direct review*)¹⁵, foi no sentido da retroatividade, de modo que uma nova regra para a conduta nas persecuções penais deveria ser aplicada com efeitos retroativos para todos os casos, estaduais ou federais.

No que se refere aos casos criminais pendentes de revisão colateral nos tribunais federais das condenações das cortes estaduais (*cases pending on collateral review*), a orientação que predominou foi no sentido da prospectividade, de modo que uma nova regra, decidida em tempo posterior à condenação definitiva do réu, não deve ser aplicada. A exceção ficaria por conta das lides não criminais e quando se reconhecesse um direito procedural fundamental - sem o qual a confiança em uma condenação justa ficaria gravemente comprometida.

Projetado esse quadro inicial, cabe o deslocamento da análise da evolução jurisprudencial da questão referente ao efeito prospectivo da área criminal para a área civil, notadamente tributária. Registre-se, desde logo, que, depois de muitas disputas iniciais, prevaleceu a regra da plena retroatividade em matéria tributária.

Neste contexto, merece menção o caso *McKesson Corp. vs. Div. of AB & T*, 496 U.S. 18 (1990) decidido em 04.06.1990. Em interessante decisão que levou também em consideração a repercussão econômica do tributo, relata Eduardo Appio:

Em data recente, a Suprema Corte foi chamada a decidir acerca da constitucionalidade de um tributo criado na Flórida. Tendo declarado a inconstitucionalidade da lei na qual se amparava a cobrança do tributo, conferiu efeitos retroativos ao julgamento (*McKesson v. Florida* - 1990). Afirmou que o Estado-membro responsável pela criação do tributo (inconstitucional) tinha o dever de conceder algum tipo de reparação em favor dos contribuintes que pagaram o tributo de modo indevido, por força da interpretação da cláusula do devido processo legal (*due process of law*), rejeitando o argumento do Estado da Flórida de que a negativa de conceder a devolução do que já havia sido pago era uma medida equitativa, pois o autor da ação já havia repassado aos seus clientes o custo do tributo cobrado (indevidamente). Aplicou-se o entendimento de que é válida a lei vigente quando do julgamento da causa e não quando da prática do ato (recolhimento dos tributos)¹⁶.

¹⁴ *Tehan vs. Shoot*, 382 US 406 (1966), *Johnson vs. New Jersey*, 382 US 719 (1966), *Stovall vs. Denno*, 388 US 293 (1967).

¹⁵ São aqueles em que não há condenação definitiva.

¹⁶ Eduardo Appio, *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 79-80

Outro caso que merece menção é *Harper et al. vs. Virginia Department of Taxation* 509 U.S. 86 (1993)¹⁷. A Suprema Corte assentou na ementa deste jugado que:

Quando o Tribunal aplica uma regra de lei federal para as partes, tal regra é controle da interpretação do direito federal, o qual deve ser atribuído efeito retroativo pleno em todos os casos ainda pendentes e em todos os eventos, independentemente de serem anteriores ou posteriores a tal decisão; [...] a natureza da revisão judicial atribui ao Tribunal a prerrogativa essencialmente legislativa de estabelecer regras de direito retroativas ou prospectivas, como permite verificar que a aplicação seletiva de regras novas viola o princípio de tratamento semelhante para partes em situação semelhante; [...] a Corte proíbe a construção de barreiras de seleção temporal para a aplicação do direito federal nos casos não criminais¹⁸.

Ademais, ficou acertado que, nas hipóteses nas quais a Suprema Corte não indicar expressamente os efeitos temporais de sua decisão, ela deve ser concebida como seguindo a regra geral da retroatividade.

Quanto a este caso, Eduardo Appio sintetiza que:

Em matéria tributária, após diversas discussões acerca da chamada eficácia prospectiva seletiva das decisões em controle difuso, a Suprema Corte se inclinou em favor da plena retroatividade (*Harper v. Virginia Department of Taxation* - 1993) sob o argumento de que deveria conceder igual tratamento aos contribuintes. Em matéria tributária a concessão de efeitos prospectivo sempre sofreu uma dura resistência na Suprema Corte, tendo prevalecido a tese da plena retroatividade¹⁹.

2.2 Alemanha

Os precedentes que serão considerados aqui remontam a duas célebres decisões “onde o TCF interpretou sistematicamente a *Grundgesetz* e a sua Lei Orgânica (BVerfGG)”. Cabe a referência feita por Leonardo Martins de que

Decisões mais recentes, porém, cuja precursora fora a decisão abaixo (BVerfGE 21, 12) criaram aquelas que pela literatura especializada foram chamadas de “variantes de decisão”. Estas acabaram por relativizar, sobretudo, o efeito da nulidade que passou a ser, ainda que a principal, somente uma das quatro variantes existentes²⁰.

¹⁷ Em resumo, este caso dizia respeito à violação da imunidade tributária intergovernamental pelo Estado da Virgínia quando este Estado, seguindo exemplo de outros, legislou no sentido de tributar aposentados federais ao passo que isentou aposentados estaduais e locais. A despeito da questão central ter sido resolvida em caso análogo anterior, não ficou claro quais efeitos teriam tal decisão – se retroativo ou prospectivo.

Em face da decisão anterior, 421 requerentes lesados por tal legislação buscaram o indébito dos tributos cobrados indevidamente pelo Estado da Virginia fundamentados na violação ao princípio da não discriminação, que já havia sido consagrado na temática.

¹⁸ United States Reports, Vol. 509, p. 86-97. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/509bv.pdf>. Acesso em: 02.06.2014

¹⁹ Eduardo Appio, *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 78.

²⁰ Leonardo Martins (org.), *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideó: Konrad Adenauer, 2005, p. 151.

Pouco depois de iniciadas as atividades do Tribunal Constitucional Federal, em decisão tomada em 23.10.1951, em sede de controle abstrato de lei que redefinía fronteiras entre os Estados da República Federal da Alemanha, inclusive com a criação de novos Estados, tal Corte assentou o entendimento de que tal lei era inconstitucional, fulminando-a sob a pecha da nulidade²¹.

O primeiro aspecto que deve ser ressaltado de tal decisão diz respeito a sua capacidade de vincular todos os órgãos constitucionais da União:

Uma decisão que declara uma lei nula não tem apenas força de lei (§ 31 II BVerfGG), como também vincula, nos termos do § 31 I BVerfGG, conjuntamente com os fundamentos da decisão, todos os órgãos constitucionais da União, de tal sorte que uma lei federal de mesmo teor não possa ser promulgada novamente²².

Um segundo aspecto – e muito mais relevante para o objeto em estudo - diz respeito aos efeitos temporais desta decisão:

Se o Tribunal Constitucional Federal constatar que uma lei promulgada após a entrada em vigor da *Grundgesetz* é nula por causa de sua incompatibilidade com a *Grundgesetz*, tal lei não tem, desde o início (*ex tunc*), eficácia jurídica.

Em 20.12.1966, o Tribunal se deparou com reclamações diretas contra lei tributária que fixava alíquota sobre faturamento final e também contra decisões judiciais que, segundo alegavam os reclamantes, prejudicavam pequenas empresas de uma fase de produção em relação a grandes empresas de várias fases de produção²³.

Para além da questão do direito material, importa mencionar que, apesar de enternecer-se com a argumentação posta, a Corte julgou improcedentes tais reclamações, “por entender que a declaração de nulidade causaria dano muito maior ao interesse público e, em última instância, aos próprios contribuintes”²⁴.

²¹ Cabe destacar que: “Esta é a segunda decisão publicada do Tribunal Constitucional Federal, à época recém constituído, e exerce até hoje papel fundamental na definição das competências do TCF e do efeito de legislação negativa da declaração de nulidade, que daria azo à relativização supra mencionada.” (Leonardo Martins (org.), *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevidéu: Konrad Adenauer, 2005, p. 152).

²² Leonardo Martins (org.), *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevidéu: Konrad Adenauer, 2005, p. 152).

²³ Leonardo Martins (org.), *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevidéu: Konrad Adenauer, 2005, p. 153.

²⁴ É importante mencionar que: “Porém, nota-se que o TCF verificou certa ‘injustiça tributária’ que o legislador deve sanar no âmbito de uma reforma que já estava à época em curso. Tal ‘injustiça’, porém, deveria ser ‘tolerada’ por certo tempo, ou seja, o TCF negou que a lei teria já atualmente violado um dos direitos fundamentais argüidos pelos reclamantes. O imposto sobre a venda (circulação) de mercadorias e serviços (Umsatzsteuer) deveria continuar valendo igualmente independentemente do número de fases de produção e/ou comércio, ou seja, um imposto sobre vendas válido para todas as fases (Alphasenumsatzsteuer).” (Leonardo Martins (org.), *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevidéu: Konrad Adenauer, 2005, p. 153).

Embora o Tribunal houvesse feito menção a uma situação de “injustiça tributária”, apelando para o Legislador, decidiu que

A falta de neutralidade em face de condições de igual concorrência da lei vigente do imposto sobre vendas, quando trata das empresas “de uma fase de produção” e “de várias fases de produção”, deve ser tolerada até o término da reforma do imposto sobre vendas já iniciada e que deve ser anunciada em tempo hábil pelo legislador²⁵.

Diante das circunstâncias fáticas até então presentes, decidiu o Tribunal Constitucional Federal de forma a considera a lei ainda constitucional: “Se a lei do imposto sobre vendas mantiver sua atual forma incompleta, estando o faturamento externo de empresas de uma faixa e de várias faixas equiparado de forma inflexível, sua validade deve ser limitada no tempo”²⁶.

Cabe mencionar novamente que dessas duas decisões derivou, no âmbito do Tribunal Constitucional Federal, todo a doutrina dos efeitos temporais da decisão oriunda do controle de constitucionalidade. Dessa forma, o Tribunal Constitucional Federal, valendo-se de sua autonomia, desenvolveu outros tipos de decisão, com efeitos diversos. Assim, ao lado da possível declaração de nulidade, encontramos a declaração de “mera incompatibilidade” com a *Grundgesetz* de uma norma inconstitucional, a declaração de “norma ainda constitucional” e a decisão pela “interpretação conforme a Constituição”²⁷.

2.3 Portugal

A Constituição portuguesa possui dispositivo específico que dispõe acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, sendo o teor do artigo 282º da Constituição da República Portuguesa o seguinte:

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 repringência das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

²⁵ Leonardo Martins (org.), *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevidéu: Konrad Adenauer, 2005, p. 153.

²⁶ Na fundamentação da decisão constava que: “A grande importância que a lei do imposto sobre vendas tem para a receita da União, mas também para os custos das empresas e a formação geral de preços, não permite no momento, porém, que toda a lei seja declarada nula, porque (somente) grupos especiais, mesmo que não insignificantes, são tratados desigualmente em relação a outros grupos muito mais numerosos. A declaração de nulidade da lei seria possível, talvez, em casos simples. No caso em pauta, chegar-se-ia a um resultado insuportável, vez em que a validade da lei seria negada em âmbito desproporcionalmente maior àquele atingido pela questão a ser decidida aqui. As reclamantes também não requereram a declaração da nulidade de toda a lei.” (Leonardo Martins (org.), *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevidéu: Konrad Adenauer, 2005, p. 154).

²⁷ Leonardo Martins (org.), *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevidéu: Konrad Adenauer, 2005, p. 108.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados 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 arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.²⁸

Referindo-se a nº 4, J.J. Gomes Canotilho observa que:

Trata-se de uma norma de particular importância, pois, ao permitir-se ao TC a ‘manipulação’ dos efeitos das sentenças de declaração de inconstitucionalidade, abre-se-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente normativos. O Tribunal Constitucional tem aproveitado (de forma excessiva) esta possibilidade expressamente conferida pela constituição, restringindo os efeitos normais da inconstitucionalidade²⁹.

Acerca da controvérsia quanto a aplicação de tal dispositivo no âmbito da fiscalização concreta, assevera Canotilho que:

Esta competência do Tribunal Constitucional está expressamente prevista para a fiscalização abstracta sucessiva, sendo questionável que ela possa exercer-se nos processos de fiscalização concreta³⁰.

Importa destacar que tal artigo, em seu nº 3, permite ao Tribunal Constitucional ressalvar os casos julgados, que podem ser afastados em situações específicas e bem delimitadas. Em interpretação extensiva, é interessante transcrever o elucidativo ensino de Canotilho:

Não é líquido que a Constituição tenha considerado como limite à retroactividade da declaração de inconstitucionalidade apenas o caso julgado [...] Pode também entender-se que os limites à retroactividade se encontram na *definitiva consolidação* de situações, actos, relações, negócios a que se referia a norma declarada inconstitucional. Se as questões de facto ou de direito regulados pela norma julgada inconstitucional se encontram definitivamente encerradas porque sobre elas incidiu caso julgado judicial, porque se perdeu um direito por prescrição ou caducidade, porque o acto se tornou inimpugnável, porque a relação se extinguiu com o cumprimento da obrigação, então a dedução de inconstitucionalidade, com a conseqüente nulidade *ipso jure*, não perturba, através da sua eficácia retroactiva, esta vasta gama de situações ou relações consolidadas.³¹

²⁸ Portugal, Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976.

²⁹ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1017.

³⁰ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1017.

³¹ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1014-1015.

Em relação aos casos pendentes, observa Canotilho:

O mesmo já não se verifica relativamente a relações ou situações ainda abertas (por ex.: ainda a discutir em tribunal, ainda não consolidados por qualquer decurso do prazo) e às quais se pode ainda aplicar, com efeitos úteis, a norma declarada inconstitucional. Nestas hipóteses é claro o efeito da declaração de inconstitucionalidade: ela impede a sua aplicação e neutraliza os efeitos jurídicos que dela poderiam resultar³².

Com a intenção de esclarecer a diferença entre o efeito normal da declaração de inconstitucionalidade e o efeito de alcance mais restrito, Canotilho constrói o seguinte quadro esquemático: o primeiro relaciona-se aos efeitos retroativos (*ex tunc*) previstos nos nºs 1 e 2 do artigo 282, à nulidade total e aos efeitos repristinatórios; em contraste, o segundo relaciona-se aos efeitos *pro futuro*, considerados como sinônimos de efeitos *ex nunc*, à nulidade parcial e aos efeitos não repristinatórios³³.

De J. J. Almeida Lopes, cuja obra reúne diversos acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal, destacamos os seguintes jugados em matéria tributária:

XI – Nos termos do artigo 282º da Constituição, a declaração do despacho referido em IV só produz efeitos a partir da publicação deste acórdão (para evitar uma espécie de enriquecimento sem causa por parte dos subsistemas de saúde), e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do despacho referido em VIII são restringidos por forma que não haja lugar à restituição das taxas pagas até à mesma publicação (pela conveniência de evitar qualquer perturbação financeira ou no bom funcionamento dos serviços) – Acórdão 92/85

XVI – Por razões de interesse público – e considerando muito em particular a perturbação que adviria para os serviços autárquicos se estes tivessem de restituir toda a ‘tarifa de saneamento’ entretanto cobrada dos contribuintes -, entende o Tribunal Constitucional deve fazer uso da faculdade contida no nº 4 do artigo 282º da Constituição, especificando que os efeitos derivados da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas da Deliberação nº 17/CM/85, com ressalva, no entanto, dos contribuintes que ainda não houveram pago a tarifa, só haverão de produzir-se, e com valência *ex nunc*, a partir da data da publicação do presente aresto no jornal oficial – Acordão 76/88

XLII – Tendo a maior parte das normas consideradas inconstitucionais directa incidência financeira ou orçamental, razões de segurança jurídica aconselham a que o Tribunal Constitucional proceda, ao abrigo do disposto no artigo 282º, nº 4, da Constituição, a uma limitação, de ordem categorial, dos efeitos de tal declaração, de modo a evitar que as operações financeiras ou orçamentais entretanto levadas a cabo, no quadro dos preceitos inconstitucionais, venham subitamente a deixar de ter suporte legal – Acordão 267/88

3 CONCLUSÃO

³² J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1015.

³³ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1017-1018.

Como se pode ver, a modulação temporal dos efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade não é insólita e, como se observou, tampouco é original do direito brasileiro. No direito estrangeiro, alguns países já dispuseram sobre a possibilidade de aplicação do instituto, seja prevendo-o em sede constitucional, seja em sede infraconstitucional, seja em sede jurisprudencial. No Brasil, mesmo antes da Lei 9.868/99, alguma mitigação do dogma da nulidade da lei inconstitucional, em hipóteses singulares, já vinha sendo admitido³⁴. Assim, a própria experiência pretérita brasileira e a experiência estrangeira devem servir para a construção dos limites de aplicação do instituto da modulação na jurisdição constitucional pátria.

4 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, J. J. Constituição da República Portuguesa. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*, Curitiba: Juruá, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Parecer: 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. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, nº 2, abr-jun 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2. Ed. New York: The Foundation Press, 1988.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei*. In Direito Público, nº 8, abril/junho, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- DALLAZEM, Dalton Luiz. *O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança*. In Repertório de Jurisprudência IOB, nº 11/2002 – Caderno 1.
- LIMA, Christina Aires Corrêa. *O Princípio da Nulidade das Leis Inconstitucionais*, UnB, 2000.
- MARTIN, Leonardo (org.), *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideó: Konrad Adenauer, 2005.
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Disponível em:
<<http://www.supremecourt.gov/>>

³⁴ Luís Roberto Barroso. *Parecer: 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. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, nº 2, abr-jun 2006, p. 265-266.

