



IBDT

III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

IBDT/AJUFE/FDUSP-DEF



Modulação temporal das decisões em controle de constitucionalidade

Juliano Taveira Bernardes

O que é modulação/manipulação temporal dos efeitos decisórios?

- Técnica decisória utilizada para excepcionar a os efeitos temporais da **sanção** aplicada como **regra geral** aos atos inconstitucionais.

Inconstitucionalidade vs. regime de depreciação do ato inconstitucional

- Inconstitucionalidade é o vício;
- *Nulidade, anulabilidade e simples irregularidade* (inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade) são tipos de **sanção** aplicáveis ao ato considerado inconstitucional
- Regime de depreciação do ato inconstitucional é contingente!

Regimes de depreciação do ato inconstitucional

- Qual é a regra geral de depreciação do ato inconstitucional?
- Dois sistemas básicos:
 - Direito norte-americano
 - Direito austríaco

Regimes de depreciação do ato inconstitucional

1) Sistema norte-americano: teoria da nulidade

- Decisão declaratória
- Origem: caso *Marbury vs. Madison* (1803)
- Sanção: ato é nulo e inválido (*null and void*)
- Eficácia temporal da sanção: ***ex tunc***, retroativa à data de promulgação do ato
- Regime da **retrospectividade “pura”**

Regimes de depreciação do ato inconstitucional

2) Sistema austríaco: teoria da anulabilidade

- Decisão desconstitutiva
- Origem: Constituição austríaca (art. 140, itens 1 e 2)
- Sanção: ato é anulável
- Eficácia temporal da sanção: *ex nunc* ou a partir de momento futuro (*pro futuro*), não superior a 1 ano (no caso de tratados internacionais, a 2 anos)
- Regime da **prospectividade**

Regimes de depreciação do ato inconstitucional

ATENÇÃO!

Sistema alemão criou um *tertium genus*: a teoria da simples irregularidade (*inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade*)

*Porém, essa modalidade de depreciação **não altera panorama do ponto de vista da eficácia temporal da decisão** (retrospectividade x prospectividade)*

Regimes de depreciação do ato inconstitucional

3) Exceções:

3.1) Sistema norte-americano: *prospectividade*

- Direito criminal: *Linkletter vs. Walker* (1965)
- Direito cível: *Chevron Oil Co. vs. Huson* (1971)

(*) Fim da prospectividade na *Supreme Court*?

Harper vs. Virginia Department of Taxation (1993).

Votação 5 x 4. Aposentadorias posteriores.

Regimes de depreciação do ato inconstitucional

3.2) Sistema austríaco (Constituição, art. 140, item 7): *retrospectividade*

- Prêmio ao litigante do caso-paradigma;
- Extensão a todos os **casos paralelos** que tenham dado entrada no tribunal até o início do julgamento (jurisprudência do TC)
- TC pode decidir pela retroatividade em outras circunstâncias, excepcionalmente.

Sistema brasileiro de modulação temporal

4) Sistema brasileiro:

4.1) Regra geral: *retrospectividade pura*

- Teoria da nulidade do ato inconstitucional

4.2) Exceções:

- *Retroatividade mitigada*
- *Prospectividade*

Sistema brasileiro de modulação temporal

4.2.1) Retrospectividade *mitigada*:

- Decisão retroativa, mas não às origens (sem efeitos *ex tunc*);
- situações fáticas juridicamente irreversíveis;
- “fórmulas de exaurimento/preclusão”:
 - (a) sentença transitada em julgado, salvo se baseada em norma penal maléfica (*lex gravior*);
 - (b) prescrição;
 - (c) decadência; e
 - (d) preclusão (norma processual inconstitucional)

Sistema brasileiro de modulação temporal

4.2.2) Prospectividade (efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*)

- Controle concreto: desde a **década de 70**, a despeito da ausência de previsão legal:
 - precedentes de **Turma**: RR.EE. 78.209/SP, 78.594/SP e 79.628/SP
 - precedente de **Plenário**: RE 79.343/BA

Sistema brasileiro de modulação temporal

4.2.2) Prospectividade (efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*)

- Controle abstrato: previsão do art. 27 da Lei 9.868/99 e do art. 11 da Lei 9.882/99

Sistema brasileiro de modulação temporal

5) Constitucionalidade da modulação temporal

- em discussão: ADIn 2.154 e ADIn 2.258
- colisão de princípios igualmente constitucionais (supremacia constitucional vs. interesse público e segurança jurídica);
- argumento pragmático.

Sistema brasileiro de modulação temporal

6) Requisitos materiais

- excepcional interesse social
- segurança jurídica:
 - a) boa-fé;
 - b) “virada” jurisprudencial (*overruling*);
 - c) mutação constitucional.

Sistema brasileiro de modulação temporal

7) Requisitos formais:

7.1) Decisão somente pela **in**constitucionalidade?

7.2) Quórum qualificado?

Sistema brasileiro de modulação temporal

- *Quórum necessário:*
- No controle abstrato:
 - quórum superqualificado: de 2/3 (dois terços) dos votos do Plenário do STF (art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9.882/99)
 - há precedente do STF por decisão monocrática (referendada depois pelo Plenário)

Sistema brasileiro de modulação temporal

Quórum necessário:

No controle concreto:

- aplicação analógica do quórum superqualificado de 2/3?
 - Tendência em RE com RG (v. RE 567.985/MT);
- quórum qualificado de maioria absoluta?
 - HC 82.959/SP (*proibição de progressão em crime hediondo*) e AgRg no AI 681.730/RJ;
- quórum simples (Turma)?
 - RE 442.683, 2ª Turma

Tipos de prospectividade

8) Tipos de prospectividade:

8.1) Prospectividade pura (*pure prospectivity*):

- - retroatividade é excluída de maneira absoluta;
- - novo entendimento se aplica **somente** a eventos ocorridos posteriormente à mudança, sem exceções;

Tipos de prospectividade

- - Exemplos no STF:
- MS 26.602/DF, MS 26.603/DF e MS 26.604/DF (*perda de mandato por infidelidade partidária*);
- RE 197.917/SP (*número de vereadores*); e
- InqQO 687/SP (*revogação da Súmula 394*)

Tipos de prospectividade

- 8.2) **Prospectividade limitada** (*limited prospectivity*):
- - decisão é prospectiva para as demais hipóteses semelhantes, mas **retroage em face dos casos pendentes** de julgamento à época;

Tipos de prospectividade

- - Exemplos no STF:
- RE 559.882/RS e RE 560.626/RS (*decadência e prescrição em matéria de contribuições previdenciárias*);
- ED no RE 500.171/GO (cobrança de *taxa de matrícula em universidade pública*)

Outros tipos de prospectividade

8.3) prospectividade modificada ou seletiva (*modified or selective prospectivity*):

- - Tipo raro de prospectividade em que a decisão **retroage apenas no caso-paradigma**
- - Exemplo no STF:
- QO no HC 86.009/DF (*incompetência do STF para habeas corpus contra TR de juizados*)

Outros tipos de prospectividade

- **8.4) Prospectividade originária vs. derivada**
- (a) **prospectividade originária**: aplicada na própria relação processual decidida no caso-líder;
- (b) **prospectividade derivada**: aplicada em processo diverso, sem que tenha havido prospectividade no caso-líder.
- - Exemplo: o controverso RE 442.683, 2ª Turma, j. 13-12-2005.