

# EVOLUÇÃO HERMENÊUTICA COMO FUNDAMENTO PARA A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ney de Barros Bello Filho<sup>1</sup>

Felipe Costa Camarão<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo visa a discutir a evolução hermenêutica como fundamento para a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, notadamente quando acontece substantiva alteração jurisprudencial. Primeiramente irá analisar o papel da hermenêutica constitucional e sua intrínseca relação com a alteração de jurisprudência. Estudar-se-á a interpretação constitucional, em específico o papel da hermenêutica clássica em contraponto com a hermenêutica filosófica. Averiguar-se-á a modulação dos efeitos das decisões no Supremo Tribunal Federal em razão da mudança de sua jurisprudência e o princípio da segurança jurídica. Por fim, discutir-se-á criticamente o problema da mudança de jurisprudência das Cortes infraconstitucionais em razão de novos julgados do Supremo e sua relação com a (in) segurança jurídica.

**Palavras-Chave:** Hermenêutica. Constituição. Decisões do Supremo Tribunal Federal. Modulação dos efeitos. Segurança jurídica.

## HERMENEUTICS DEVELOPMENT AS BASIS FOR MODULATION OF DECISIONS EFFECTS OF THE SUPREME COURT

### Abstract

This article aims to discuss developments in hermeneutics as the basis for the modulation of the decisions effects of the Supreme Court, especially when it happens

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS, Professor dos PPGDIR da UFMA e do IDP.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Advogado Público Federal (Procurador Federal), Subprocurador-Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto à Universidade Federal do Maranhão.

substantive amendment jurisprudence. First it will examine the role of constitutional hermeneutics and its intrinsic relationship with the change of law. It studies constitutional interpretation, in particular the role of hermeneutics in contrast with classical philosophical hermeneutics. It investigates the modulation of the effects of decisions in the Supreme Court due to the change of its jurisprudence and the principle of legal certainty. Finally, it will discuss critically the problem of changing jurisprudence of the infraconstitutional Courts because of the Supreme new trial and its relation to the (in) security law.

**Keywords:** Hermeneutics. Constitution. Decisions of the Supreme Court. Modulation of the effects. Legal certainty.

## 1. INTRODUÇÃO

Muito embora seja objeto de grande discussão acadêmica e jurisprudencial há bastante tempo, o controle de constitucionalidade das leis no Brasil ainda é um terreno fértil para análises e estudos, mormente quando se tem uma visão constitucionalista do direito.

Nesse passo, a escolha do tema se deu não apenas pela sua atualidade, mas, principalmente, pela sua relevância prática. Com efeito, a despeito da interessante investigação teórico-doutrinária acerca da evolução hermenêutica como critério para modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, é fato que o STF vem enfrentando questões político-jurídicas relevantes sobre o assunto. São temas corriqueiramente tratados pela mídia, tais como os problemas envolvendo direito eleitoral (fidelidade partidária), direito penal (progressão de regime em crimes hediondos) e direito tributário (questões envolvendo IPI, por exemplo).

Além disso, por se tratar de assunto que vem sendo enfrentado com relevância há pouco tempo, existe pouca produção e investigação científica sobre a matéria. Nesse sentido, acredita-se na contribuição acadêmica do estudo ora proposto.

A hipótese deste ensaio é a de que a alteração de jurisprudência, por meio da evolução hermenêutica, serve como fundamento para a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade. Contudo, o estudo não irá parar neste ponto.

Parece-me questão ainda mais relevante o problema da mudança de jurisprudência das cortes infraconstitucionais, pois como será tratado no item 4 deste trabalho o Supremo Tribunal Federal (STF) deu interpretação constitucional diversa das cortes

infraconstitucionais (ou seja, não acompanhou o entendimento solidificado das cortes inferiores), porém não modulou os efeitos de sua decisão. Resta a indagação: o posicionamento do STF está amparado pelo princípio da segurança jurídica ou, ao revés, gera ainda mais insegurança?

Esta análise incomoda e desafia juristas. O ideal de segurança jurídica compreendido como a possibilidade de restringir o espaço de liberdade do juiz para que ele profira decisões previsíveis parece ter se tornado algo a ser alcançado, notadamente se levarmos em consideração que o direito contemporâneo conta com uma série de normas abertas cuja formulação parece favorecer a proliferação de alternativas interpretativas.

Para trilhar esse caminho será primeiramente analisado o papel da hermenêutica constitucional e a mudança de jurisprudência, fazendo-se um breve estudo diferenciando a hermenêutica clássica da filosófica. Serão explicados os principais fundamentos da hermenêutica filosófica, principalmente sob a ótica da doutrina de Gadamer, bem como o motivo pela sua escolha (ainda que de maneira moderada) como vertente de estudo da hermenêutica constitucional.

Posteriormente será tratado o assunto da modulação dos efeitos das decisões do STF sob o prisma positivista, mas, também, a partir da ótica principiológica da segurança jurídica. No terceiro momento do estudo será debatido o problema da alteração de jurisprudência das cortes infraconstitucionais e as decisões do Supremo que contrariam esses entendimentos, sem modular seus efeitos.

Este é o aspecto crucial do artigo, qual seja, saber se, por ser o STF o precípua guardião da Constituição, a não modulação dos efeitos da sua decisão nesses casos representa (in) segurança jurídica.

## **2. O PAPEL DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA**

A primeira premissa que adoto neste trabalho diz respeito ao novo papel do direito constitucional. Segundo Pildes e Anderson (1990, p. 2123), “*constitutional law is no longer understood as the judicial policing of well-defined spheres of powers and immunities, but as a means of facilitating democratic participation and decision making*”<sup>3</sup>. Assim sendo, não

---

<sup>3</sup> Tradução livre do autor: O direito constitucional não é mais entendido como o mero controle judicial das esferas bem definidas de poderes e imunidades, mas sim como um meio de facilitar a participação democrática

compreendo o direito constitucional e os instrumentos de controle de constitucionalidade como redomas impenetráveis, como algo que a população não possa ter acesso e compreender com meridiana clareza. Em verdade, no âmbito do direito, o direito constitucional e o controle de constitucionalidade têm que ser disciplinas de amplo e fácil acesso a toda comunidade (e não apenas à comunidade acadêmica), sendo de fundamental importância a elaboração e difusão de estudos jurídicos sobre a matéria.

A segunda premissa é a de que o constitucionalismo tem como uma de suas funções primordiais resguardar os direitos fundamentais, competindo ao controle de constitucionalidade dar-lhes um reforço ainda maior, na medida em que se constitui como uma técnica viabilizadora da consideração e efetividade dos valores essenciais sobre os quais o direito constitucional se assenta. Com efeito, *“a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados”* (KELSEN, 2007, p. 240).

Pois bem. Dito isso, cumpre enfatizar que o controle de constitucionalidade, a depender dos ideais de cada sociedade, tem uma maneira de exteriorização (CAMARÃO, 2007, p. 158). Em certos países se manifesta através da forma difusa, pela qual qualquer juiz ou tribunal pode efetuar o referido controle em um caso concreto. Em outros, manifesta-se somente pela forma concentrada, em que apenas um tribunal (em regra um Tribunal Constitucional) está autorizado a fazê-lo. Em outros países são adotadas ambas as formas de controle, ora dando preferência ao modo difuso, ora dando primazia ao modo concentrado.

Na Constituição de 1988, o Brasil adotou as duas sistemáticas de controle de constitucionalidade, dando maior ênfase, no texto original, ao controle concentrado, porquanto a filosofia que cerca este tipo de controle aponta para as idéias de separação dos poderes, segurança jurídica, celeridade e apego à necessidade de se construir imediatamente uma sociedade garantidora dos direitos humanos fundamentais.

Hodiernamente, no entanto, parece inegável que nosso país está vivendo uma verdadeira fase de sincretismo do controle de constitucionalidade, porquanto o controle difuso, outrora utilizado para mera análise do caso concreto, está definitivamente objetivado ou abstratizado. As vias processuais de controle concreto ou difuso (ações originárias perante o STF – HC, MS, AC - ou recursos/sucedâneos recursais – RE, AgR) não possuem mais apenas aquele caráter subjetivo. Como já se disse, assumiram a função de defesa da ordem constitucional objetiva, notadamente com a EC nº 45/2004, através dos institutos da

repercussão geral e da súmula vinculante, bem como da evolução do entendimento do Supremo quanto à causa de pedir aberta (AMORIM, 2010, p. 37-74). Ademais, a partir da significativa alteração na composição do Supremo e da introdução de novas técnicas de decisões, notadamente quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, verifica-se um avanço no procedimento de tomada de decisões.

Dessa forma, tendo como segunda premissa o fato de que não há mais distinções juridicamente relevantes nos modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade (valendo a distinção dos mesmos para fins didáticos), vale destacar o problema a ser analisado neste ensaio: a evolução hermenêutica como fator para alteração na jurisprudência do Supremo e sua compatibilização com o princípio da segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais.

Destaca-se, de logo, que a interpretação das normas (**notadamente das normas constitucionais e, principalmente no controle de constitucionalidade**) envolve criatividade, não se limitando a uma simples tarefa de descobrir, extrair, revelar, aprender, compreender ou tornar clara a “vontade oculta” de normas jurídicas. Por ocasião da interpretação de uma norma jurídica para a solução de um problema prático, o intérprete se depara com a existência de várias possibilidades interpretativas, devendo, justificadamente, optar pela interpretação que lhe parecer mais adequada naquele momento histórico, naquela época específica (CARVALHO, 2008, p. 64).

A evolução hermenêutica, pois, não constitui mera retórica ou uma simples teoria abstrata e inútil. “A hermenêutica cria a Constituição” (BELLO FILHO, 2003, p. 27), devendo esta ser concebida como ordem aberta, pensada a partir do problema. O fenômeno constitucional tem que ser compreendido desde a aplicação do texto diante de uma realidade que o modifica, em constante evolução (BELLO FILHO, 2003, p. 27), sendo pertinente lembrar que Hesse (1991, p. 19) entende que a força normativa da constituição também pode fazer o texto influenciar a realidade, tornando o espaço constitucional um terreno fértil para relações dialéticas.

A dialética no processo de estudo da hermenêutica constitucional é de suma importância, pois é através dela que se estuda o direito dentro do processo histórico em que ele surge e se transforma. O que importa na dialética é um direito real, concreto, histórico, comprometido com as condições do espaço-tempo social, e não um direito estático, conservador, reacionário e voltado para o passado, travestindo-se de verdadeiro óbice ao desenvolvimento social (MARQUES NETO, 2001, p. 131).

Ora, nessa linha de raciocínio, não parece difícil perceber a importância da evolução

hermenêutica. A cada concretização os modelos normativos se ampliam e se enriquecem, adquirindo novas possibilidades de utilização, que não poderiam ter sido imaginadas nem pelo mais profético dos legisladores históricos (MENDES, COELHO, BRANCO, 2002, p. 56-57). Uma interpretação, que até então parecia adequada, mais adiante pode vir a se mostrar incorreta, em razão da época histórica em que vive o intérprete.

E não poderia ser diferente. Apesar da ânsia da maioria social pela estabilização, pela segurança, pela imutabilidade, a ordem natural das coisas aponta para a constante instabilidade e mutabilidade das relações sociais (transformação da sociedade), porque a vida é processo dinâmico. Essa constatação nos leva a conclusão de que o homem não possui uma natureza, mas historicidade e socialização. Sua faculdade de compreensão e seus valores são diferentes segundo a época ou a situação social e vital (RAMOS, 2000, p. 16). Assim, os casos decididos judicialmente e tidos como precedentes (ou jurisprudência), passam a valer verdadeiramente como um ponto de partida para futuras aplicações, sem que esse movimento jamais se interrompa historicamente (MENDES, COELHO, BRANCO, 2002, p. 56-57).

Sob essa perspectiva, Mendes (2008, p. 1026) aponta que a relevância interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade demonstra que o tema comporta inevitáveis desdobramentos. A possível caracterização de inconstitucionalidade superveniente como decorrência da mudança de significado do parâmetro normativo constitucional ou do ato legislativo submetido à censura judicial impõe a adaptação da técnica de decisão, abandonando-se uma simples e pura declaração de nulidade.

Nesse contexto, o entendimento do STF tem se destacado cada vez mais no sentido de aplicar às suas decisões a chamada "modulação dos efeitos"<sup>4</sup> da pronúncia de inconstitucionalidade, instituto existente há certo tempo em outros países (como a Alemanha e a Áustria, por exemplo) e que foi positivado no Brasil apenas por meio do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999).

Contudo, como toda mudança, esse novo cenário jurisdicional trouxe consigo o receio de uma verdadeira insegurança jurídica ocasionada pela alteração da jurisprudência em matéria constitucional. Mendes (2008, p. 1025), por exemplo, considera que um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional é aquela relativo à evolução hermenêutica, com conseqüente mutação constitucional e mudança de jurisprudência. A repercussão no plano material é obviamente relevante, mas os desafios no âmbito do processo constitucional são ainda maiores.

---

<sup>4</sup> Sobre o assunto específico da modulação cuidaremos com mais detalhes em tópico posterior.

Larenz (1997, p. 495) enfatiza que, por sua própria natureza, o direito (e a lei) está sempre em processo histórico de mutação, sendo salutar a modificação de interpretação quando circunstâncias de fato assim exigir. Lembra o autor, com propriedade, que no momento da gênese a lei atuava de determinado modo, desejada pelo legislador, mas, posteriormente, pode atuar de modo que nem sequer o legislador pudesse ter previsto. Logo, nos casos em que a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser evidente, a solução que é impelida ao intérprete é o desenvolvimento judicial do Direito.

Assim, o que se verifica na prática é que a evolução hermenêutica, algumas vezes motivada por modificações no plano fático e outras por simples alteração da composição do Tribunal, até por necessidade, vem ocorrendo com maior frequência, e tal fato vem gerando certa apreensão e desconforto no plano jurídico.

Nesse diapasão, percebemos a necessidade de se demonstrar a importância do princípio da segurança jurídica na interpretação constitucional, sem, obviamente, pretender-se estabelecer um engessamento da hermenêutica constitucional.

O nosso desafio daqui para frente é justamente demonstrar a utilização e compatibilidade do princípio da segurança jurídica com a evolução hermenêutica, primando-se sempre pela supremacia constitucional e pelo respeito aos direitos fundamentais, entre eles o da preservação da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido – estes compreendidos como corolários do princípio da segurança jurídica.

## **2.1. Interpretação Constitucional: hermenêutica clássica x hermenêutica filosófica**

De modo a não deixar qualquer dúvida acerca da concepção adotada por este autor para defender as idéias expostas neste artigo, cumpre destacar que a hermenêutica que aqui se trata e que se fala em evolução é a denominada “hermenêutica filosófica”, que é diferente da chamada “hermenêutica clássica”.

As discussões ocorridas durante o século XIX e primeira metade do século XX abriram caminho para a hermenêutica chegar ao seu ápice no pensamento contemporâneo de Hans-Georg Gadamer. Na obra *Verdade e Método* (2011), Gadamer faz o que seja talvez o mais seguro aporte no sentido de conceber o sistema jurídico como um sistema aberto, alopoiético. Com a consideração de que o texto representa um momento meramente simbólico, e que há por detrás um contexto que precisa ser percebido pelo intérprete. O intuito de Gadamer é, a bem da verdade, libertar o jurista das considerações herméticas do texto, que é a maior característica de métodos positivos de interpretação.

Utilizando-se da construção hermenêutica geral das ciências do espírito, Gadamer (2011, p. 426-447) constrói toda uma teoria para demonstrar que o direito é muito mais próxima como objeto de interpretação de outras atitudes humanas e se guia por uma finalidade. De fato,

No livro Verdade e Método, o autor se esforça para rechaçar de plano a idéia vigente de que a hermenêutica jurídica é uma atuação dogmática, diferenciada do sentido normativo imposto a outras ciências do espírito (BELLO FILHO, 2003, p. 130).

Neste sentido, podemos dizer que as idéias de GADAMER são a base do pensamento de RONALD DWORKIN, embora haja pouca referência direito ao pensador alemão na obra do professor norte-americano. A igualdade que é o pressuposto de ambos: é o megaprincípio que permite a realização de qualquer discurso jurídico e o diferencia dos demais. A hermenêutica, tal qual a integridade sistêmica de DWORKIN, somente podem existir em uma sociedade de homens livres e iguais.

No que se refere à distinção entre a hermenêutica clássica e a filosófica, Streck (1999, p. 247-270), amparado nos estudos de Gadamer e Heidegger, fez um excelente e minucioso trabalho, do qual adoto seus fundamentos e conclusão. Na perspectiva de Streck, a hermenêutica clássica é vista como pura técnica de interpretação, enquanto a hermenêutica filosófica trabalha em “dar sentido” - e nesse sentido Carvalho (2008) parece estar totalmente de acordo.

A hermenêutica filosófica é a mais adequada à interpretação constitucional porquanto é aquela teoria filosófica que diz respeito à totalidade de nosso acesso ao mundo (STRECK, 1999, p. 247). O modelo de linguagem e sua forma de realização, isto é, o diálogo, que suporta o entendimento entre os homens e também sobre as coisas de que são feitas nosso mundo. O espaço constitucional é justamente aquele que comporta maior capacidade ou suscetibilidade de interpretação das normas para garantir compatibilidade do texto (norma) com a realidade.

A hermenêutica filosófica explica, também, a interpretação do direito, uma vez que compreende o Homem como ser construtor e intérprete inserido no próprio ato de pensar e interpretar o mundo e a si mesmo, fornecendo, assim, explicações seguras para a atitude do intérprete e aplicador do direito (BELLO FILHO, 2003, p. 110).

A hermenêutica proposta por Gadamer (2011, p. 426-447) utiliza o que foi indicado pela jurisprudência dos interesses e vai rechaçar os pontos de vista da jurisprudência dos

conceitos e de SAVIGNY, demonstrando que o direito se define também no momento da sua aplicação, em uma atitude criadora da norma. Nesse sentido, amparado em GADAMER, pode-se afirmar que ao se interpretar-criar-aplicar se está fazendo a Constituição.

Revela-se, pois, de suma importância que o intérprete da constituição tenha a consciência de que sua interpretação do texto constitucional deve deixar de ser meramente normativa e deve passar a ser filosófica. A interpretação se funda na compreensão, e no espaço constitucional a compreensão não pode ficar restrita à fria letra da lei, especialmente porque a interpretação constitucional não é igual à interpretação jurídica geral<sup>5</sup> (nesse sentido também pensa SILVA, 2005, p. 141). Como já afirmado, a tarefa hermenêutica não pode ficar presa a interpretar o texto da lei, mas deve extrair dele conteúdo normativo que se coadune com a realidade social. A verdadeira interpretação do direito, segundo Bello Filho (2003, p. 114), *“é aquela que admite a possibilidade de criação de parte do objetivo no momento da aplicação, sempre permitindo a abertura interpretativa da norma e a conseqüente força criadora da atitude hermenêutica”*.

Como bem observa Wróblewski (1985, p. 81), desde um ponto de vista meta - teórico é preciso se determinar o sentido do termo “criatividade”, ou seja, em que sentido uma decisão é criativa em relação à regra interpretada, ou em que consiste a novidade normativa da interpretação.

Segundo o autor,

La decisión interpretativa podría ser creativa en dos significados básicos del término “creatividad de una regla” o “creación de una regla”: a) la decisión interpretativa es creativa si formulada una regla general y/o abstracta que tenga una validez –T o una validez-G y no sea una consecuencia lógica de la regla interpretada; b) la decisión interpretativa es creativa si, no teniendo una validez-T o –G de la norma legal interpretada, funciona como una norma legal porque tiene validez-F (WRÓBLEWSKI, 1985, p. 81-82).

No entanto, impende registrar que a interpretação constitucional<sup>6</sup>, assim como a

---

<sup>5</sup>MARMOR (2005, Capítulo 9) considera que a interpretação constitucional possui características únicas e diferenciadas, e que aqueles que são encarregados da autoridade de interpretar a constituição são dotados de considerável poder jurídico com decisões moralmente muito relevantes.

<sup>6</sup>Embora não seja tema específico do presente artigo, julgo importante registrar que sobre a democratização da interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal já afirmou, em voto do Min. Luiz Fux, que *“A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como conseqüência de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional”* (BRASIL, 2012).

interpretação do direito em geral, não é livre de amarras existentes dentro do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a aplicação do direito (mediante a imprescindível e anterior interpretação) forma “*uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível*” (KELSEN, 2006, P. 390).

De fato, como explica Kelsen (2006, p. 390), se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar (normas constitucionais, v. g.), o resultado da interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, por via de consequência, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. A obtenção da norma individual no processo interpretativo é uma função voluntária, normalmente feita por um órgão jurisdicional competente<sup>7</sup>.

Há, todavia, uma possibilidade de abertura da “moldura” interpretativa que não se trata propriamente de um conhecimento jurídico<sup>8</sup>. Segundo Kelsen (2006, p. 393), normas de moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do estado, progresso etc. Wróblewski (1985, p. 83) chega a afirmar que a criatividade interpretativa depende das opções que se descrevem também como valores (ou vontade como decisão) do intérprete. Alerta o jurista austríaco apenas que do ponto de vista do direito positivo não se pode precisar sua validade e verificabilidade.

Ademais, é importante notar que, mesmo diante de normas fechadas, cuja formulação procure deixar menos espaço para a atuação dos juízes, é difícil garantir que as interpretações sejam únicas. Em diversos casos, os intérpretes terminam por criar exceções à regra para abarcar casos em que sua aplicação iria gerar uma injustiça patente (RODRIGUEZ, 2012, p. 131).

Um exemplo didático citado por Rodriguez (201, p. 132) pode ajudar a entender o que estamos dizendo. Imagine-se uma regra que proíba a entrada de animais no transporte público. Em um caso concreto em que se esteja diante de um cão-guia para cegos, é provável que seja construída uma justificativa para criar uma exceção à regra.

Ao fazer isso, rompe-se o padrão de segurança jurídica que informa as concepções mais usuais. O juiz não está apenas encaixando o caso na regra geral, mas produzindo uma regra nova, justamente aquela que estabelece a exceção. Esta atividade criativa do juiz fica,

---

<sup>7</sup> A respeito do pensamento de Kelsen deve ser levado em conta as diferentes fases do autor. Na década de 1960, já no final da sua vida, ele levou a questão do voluntarismo às últimas consequências quando admitiu que a interpretação se desse “fora da moldura” (legitimidade depois do fato).

<sup>8</sup> Para Kelsen (2006, 393), essa abertura da moldura somente pode ser estabelecida pelo órgão político.

naturalmente, ainda mais clara quando ele lida com normas abertas ou *standards*, cuja definição de sentido se faz com referência a um texto altamente abstrato (RODRIGUEZ, 2012, p. 133).

Sendo assim, não parece incorreto concordar com Bello Filho (2011, p. 124), segundo o qual, sem abrir mão dos nossos valores, devemos reconhecer que o direito não é um dado preconcebido, mas sim aquilo que conseguimos provar que ele é, por meio da argumentação e da justificação fundamentadas. Mesmo porque, segundo Rodriguez (2012, p. 135), “*a depender do objeto regulado, uma norma jurídica aberta pode produzir mais segurança jurídica do que uma norma jurídica fechada*”. Não há, pois, uma relação necessária entre normas fechadas e segurança jurídica, sendo certo que a hermenêutica filosófica bem atende aos anseios contemporâneos, assim como é capaz de preservar a segurança jurídica.

Dessa forma, o problema da segurança jurídica não se resolve apenas com o texto da lei. É preciso levar em conta o processo de aplicação e levar em conta a fundamentação das decisões judiciais na discussão sobre segurança jurídica, o que significa, em outras palavras, sair de um paradigma textualista para entrar num paradigma argumentativo, ou seja, que não se apresente mais como representante do partido da restauração, mas que proponha uma reforma no conceito de segurança jurídica (RODRIGUEZ, 2012, p. 139).

Neste contexto, no presente artigo, preferi não adotar uma posição radical sobre a interpretação totalmente aberta da Constituição. Entendo que a previsibilidade das decisões judiciais é pressuposto básico de qualquer estado democrático, sendo certo que nós juristas devemos buscar sempre evitar as incertezas e os riscos da insegurança jurídica. Este também é o entendimento de Bello Filho em sua mais recente obra (2011, p. 121-123). Fiz esta opção porque, como veremos adiante, nos últimos anos no Brasil estamos vivenciando um período de intenso ativismo jurídico (chamado por alguns de ativismo judicial)<sup>9</sup>, tendo sido o STF

---

<sup>9</sup> Opto pela expressão “ativismo jurídico” em consonância com os ensinamentos de SANTANA (2012). Para o autor:

*Esse quadro é o cenário perfeito para o nascimento do que chamo de ativismo jurídico, em substituição às equivocadas denominações de ativismo judicial, ativismo do judiciário, judicialismo político, politização da justiça e tantas outras com as quais nos deparamos. Explico.*

*O processo em geral cinge-se ao princípio da iniciativa das partes. Portanto, excetuando-se as hipóteses legais restritas, a iniciativa do magistrado é limitada, por isso esperando a provocação dos litigantes, através dos seus advogados, ou do ministério público, nas atribuições que lhe são afeitas constitucionalmente.*

*É conclusivo que a advocacia, como o ministério público e a magistratura são funções essenciais ao funcionamento do Poder Judiciário, portanto, a atividade comissiva de quem tem a iniciativa conduz o magistrado ao pronunciamento judicial.*

*Fosse do magistrado a iniciativa e poder-se-ia falar em ativismo judicial. Como é resultado de provocação de uma das funções essenciais ao Poder Judiciário, é mais apropriado falar-se em ativismo jurídico – grifamos.*

instando constantemente a tomar decisões que na opinião de muitos estariam reservadas à análise exclusivamente política. E essa afirmação não é necessariamente verdadeira. De fato, como bem observa Rodriguez (2012, p. 134):

Diante da Constituição brasileira, que tratou de uma série de temas por meio de normas abertas, estabelecendo princípios gerais de diversas áreas do direito; e das características da legislação infraconstitucional, também marcada, muitas vezes, pela utilização de normas abertas, não parece razoável propor um modelo hermenêutico lógico-formal para sua operação. Os juízes têm, de fato, em nossa realidade, um espaço amplo para atuar, autorizado pelo texto da norma.

É nesse contexto que se revela pertinente as lições de Gadamer e Kelsen sobre o tema, pois nos aguçam a refletirmos se, de fato, o Supremo vem agindo corretamente ou não. Por outro lado, independentemente da pertinência ou não da atuação do Pretório Excelso, as decisões foram efetivamente tomadas e nos cabe analisar suas consequências jurídicas.

### **3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RAZÃO DA MUDANÇA DE SUA JURISPRUDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

A questão da constitucionalidade das leis situa-se no plano da validade dos atos jurídicos, isto é, lei inconstitucional é lei nula (BARROSO, 2012, p. 236). Dessa premissa resultam duas consequências significativas. A primeira é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo é declaratória, vez que se limita a constatar situação preexistente. A segunda é que os efeitos da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade retroagem, como regra, ao momento da gênese do ato normativo (efeito *ex tunc*).

Como explica Barroso (2012, p.137), não prevaleceu no Brasil a doutrina que atribui à lei inconstitucional a condição de anulável, dando à decisão caráter constitutivo. Apesar disso, a jurisprudência do STF já atenua a posição radical da teoria da nulidade há algum tempo. Inobstante tenha sido previsto em lei apenas em 1999, o Supremo Tribunal Federal já aplica tal modulação ou diferimento dos efeitos das suas decisões desde 1974, quando decidiu, no Recurso Extraordinário nº 78.594 (BRASIL, 1974), que a inconstitucionalidade de lei estadual não tornava nulos os atos praticados por oficial de justiça nomeado com fundamento na mesma lei.

De todo modo, o legislador trilhou bom caminho ao regulamentar a matéria, seguindo previsões da Constituição Portuguesa e Alemã. Eis a literal previsão de norma contida na Lei 8.968/99:

Art. 27. 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. (BRASIL, 1999)

Segundo Barroso (2012, p. 238-239), o dispositivo em questão permite que o Supremo restrinja os efeitos da decisão, excluindo categorias de pessoas do seu alcance (vide HC 82.959-SP); não atribua efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir a partir do seu trânsito em julgado; ou fixe algum momento específico como marco inicial – passado ou futuro (vide MS 26.602-DF, MS 26.603-DF, MS 26.604-DF e ADIn 875-DF).

Sobre a técnica ou instituto da modulação dos efeitos, Bonavides (2001, p. 307-309), amparado na doutrina e jurisprudência alemã, explica que é o princípio da segurança jurídica que torna necessário que preceitos, embora incompatíveis com a constituição, possam existir, ter existido ou ter eficácia de transição, levando-se em conta que a supressão da norma por declaração de nulidade (efeito *ex tunc*) produziria uma situação que aos julgadores se afiguraria mais inconstitucional do que aquela provada pela conservação temporária da validade da lei declarada “apenas” inconstitucional.

A jurisprudência constitucional tende, pois, a criar um espaço de tempo (modulação temporal dos efeitos da decisão) que assegure a sobrevivência da lei declarada inconstitucional, de tal sorte que o legislador (e o cidadão – jurisdicionado) tenha tempo de tomar a decisão constitucionalmente mais adequada (BONAVIDES, 2001, p. 308).

De outro prisma, não se pode olvidar que o efeito prospectivo das regras de direito é princípio geral adotado pela maioria dos sistemas jurídicos. E não poderia ser diferente. A irretroatividade é atributo essencial do ato normativo, de forma a que as normas jurídicas não retrocedam a situações pretéritas e consumadas antes da sua edição e entrada em vigor. Trata-se de exigência da segurança jurídica e da proteção da confiança alçada em garantia supralegal por muitos diplomas constitucionais e pelas declarações internacionais.

Sob esse aspecto, é de bom alvitre evitar que a alteração de um posicionamento firmado há tempo pelos Tribunais venha a prejudicar o cidadão - jurisdicionado que, confiante na consolidação da jurisprudência, ingressou no Judiciário para ter reconhecido direito que

tinha por certo. Nada mais justo, sob a ótica do princípio constitucional da segurança jurídica.

Segundo o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2009a), o postulado da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão nas ações do Estado representam diretrizes constitucionais sobre as o Supremo Tribunal Federal não pode permanecer indiferente.

Na realidade, prossegue o Ministro, os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se manifeste alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pela jurisprudência.

Dessa forma, defende o ministro Celso de Mello que a ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais (decorrente da salutar evolução da hermenêutica constitucional), por tal razão, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica (BRASIL, 2009a).

Canotilho (1998, p. 250) sobre o tema explica que:

Estes dois princípios - segurança jurídica e protecção da confiança - andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo:

(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante 'qualquer acto' de 'qualquer poder' - legislativo, executivo e judicial. (grifei)

A salutar evolução hermenêutica e, conseqüentemente a alteração de jurisprudência consolidada decorre normalmente da mutação constitucional. Sobre o tema da mutação, relacionado com a segurança jurídica, Santana (2012) parece concordar com Canotilho nos seguintes termos:

A mutação constitucional enquanto elemento de mudanças históricas é bem-vinda em nome de um Direito Constitucional sem fronteiras, mas não pode ignorar a autodeterminação desta República.

Portanto, é com o propósito de concretização constitucional que a Constituição é reinventada, a fim de que suas bases fundamentais e propositivas sejam concretizadas em nome da criação, formação e sedimentação de um verdadeiro sentimento constitucional, que nos dê a todos a precisa, adequada e fundada compreensão e o necessário convencimento do que é uma República. (grifei)

Ora, da leitura dos ensinamentos de Canotilho e Santana depreendemos que a alteração substancial de uma jurisprudência consolidada longe de ser algo maléfico pode significar um grande benefício para a coletividade. Contudo, o que não se pode admitir é a violação do princípio da segurança jurídica, pois deste modo haveria violação de um dos pilares da nossa República, o poderia ocasionar até o ferimento do sentimento constitucional da nossa sociedade.

Pois bem, como se disse, a partir da edição da Lei n.º. 9.868/99 (BRASIL, 1999) foi expressamente consagrada a hipótese de modulação, apesar de acrescidos requisitos específicos para sua aplicação, quais sejam, o quórum de 2/3 dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sempre por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A redação do referido ato normativo trouxe, em princípio duas dúvidas principais. A primeira, já superada, consistia em saber se a modulação é aplicável também no controle concreto/difuso de constitucionalidade. A resposta é positiva e atualmente não há mais sérias discussões jurídicas a esse respeito – cf. RE 273074 AgR (BRASIL, 2007).

A segunda dúvida, no entanto, é atual e ainda não há sólido entendimento sobre a providência mais adequada. O problema consiste em saber se somente a declaração de inconstitucionalidade, **com alteração de jurisprudência do STF**, pode motivar a modulação dos efeitos da decisão ou se seria possível aplicar tal instituto em caso específico no qual se verifique a decisão do Supremo **contrariando jurisprudência consolidada de Corte infraconstitucional**.

Apesar de não declarar de forma inequívoca, há precedentes importantes do STF que modulam os efeitos das decisões da Corte em razão de mudança de jurisprudência do próprio Supremo, tenha ou não ocorrido a pronúncia de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que mesmo a mudança jurisprudencial pode causar transtornos quanto à segurança jurídica.

Como precedente paradigmático, cite-se o MS 26.602 (BRASIL, 2008a), que tratou do tema da fidelidade partidária. Para enfatizar com clareza a matéria, válido transcrever

outros dois precedentes sobre o tema:

O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorreram sem mudança formal do Magno Texto. (STF, CC 7204/MG, Rel. Min. Carlos Britto, DJU 09/12/2005). (BRASIL, 2005)

(...) Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre o tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398/2007. (STF, MS 26604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU 03/10/2008). (BRASIL, 2008b)

Além dessas decisões, no Conflito de Competência nº 7.204-MG (Relator Min. Ayres Britto, o STF decidiu que o tribunal “*pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência (...). O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto*”.

Portanto, com a edição da Lei nº. 9.868/99 (e também da Lei nº. 9.882/99) houve de fato a ampliação da possibilidade de o STF proceder à modulação de suas próprias decisões, relativizando, assim, a teoria da nulidade, quando por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, no controle incidental ou concentrado de constitucionalidade. Ademais, o entendimento da Suprema Corte é firme no sentido de que **a mudança de sua própria jurisprudência constitui fundamento para modulação dos efeitos de suas decisões**. Mas e quando o entendimento do STF altera a jurisprudência consolidada de outros tribunais?

#### **4. O PROBLEMA DA MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INFRACONSTITUCIONAIS EM RAZÃO DE NOVO ENTENDIMENTO DO STF: (IN)SEGURANÇA JURÍDICA?**

A possibilidade de modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal

em casos de mudança de jurisprudência das cortes infraconstitucionais já foi analisada pelo STF em pelo menos cinco oportunidades (RE 377.457 (BRASIL, 2008c), RE 381.964 (BRASIL, 2009b), RE 534.964 AgR (BRASIL, 2008d), RE 549.279 – AgR (BRASIL, 2008e) e RE-ED 592.148-4 (BRASIL, 2009a). **Em todos os casos a modulação dos efeitos da decisão foi rejeitada** e o que chamou mais a atenção do ponto de vista jurídico é que se tratava de **decisão do Supremo que modificava entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)**.

Este é um problema sério a se enfrentar: como explicar para a sociedade que, de uma hora para outra, suas atitudes, amparadas por decisão solidificada do Superior Tribunal de Justiça – entendimento sumulado -, não estão mais corretas? Para ilustrar a amplitude do problema, irei utilizar neste tópico partes do voto proferido pelo Ministro Celso de Melo no RE 592.148-4. Na ocasião, o ministro manifestou entendimento divergente da maioria, porém em homenagem ao princípio da colegialidade das decisões nos tribunais, curvou-se à decisão da maioria.

O entendimento do Ministro Celso de Melo favoravelmente à pretendida modulação dos efeitos da decisão emanada desta Suprema Corte se dá em razão das circunstâncias dos casos examinados – decisão do STF que altera jurisprudência consolidada do STJ. A compreensão em torno desse tema, exatamente como é o ponto de vista aqui defendido, apoia-se em razões de segurança jurídica, a justificar a adoção dessa medida excepcional.

O Superior Tribunal de Justiça, após reiteradas decisões que proferiu sobre a matéria, veio a sumular, em 2003, o entendimento jurisprudencial daquela Corte, nos termos constantes da Súmula 276/STJ: “*As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado*”.

Essa diretriz jurisprudencial, consolidada na Súmula n.º. 276/STJ, veio a prevalecer no âmbito do Superior Tribunal de Justiça após ampla discussão sobre a controvérsia jurídica em questão.

Esse dado, no entender do Min. Celso de Melo (com quem concordo totalmente):

(...) assume extrema importância, pois coloca em pauta a questão relevantíssima da segurança jurídica, que há de prevalecer nas relações entre o Estado e o contribuinte, em ordem a que as justas expectativas deste não sejam frustradas por atuação inesperada do Poder Público, como sucederia em situações, como a ora em exame, em que se registra clara ruptura de paradigmas, com a prolação de decisão que evidentemente onera a esfera jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária RE-ED 592.148-4 (BRASIL, 2009a).

Todavia, apesar dessa precisa colocação o entendimento que prevaleceu no STF foi de que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes (2008c), “*tratando-se, inequivocamente, de matéria propriamente constitucional (...), incumbe a esta Corte – STF -, em caráter exclusivo ou conclusivo, apreciar e definir a questão, não se lhe opondo o entendimento de outro Tribunal*” (grifei).

Bem, apesar dessa decisão do Supremo não se pode desconhecer que, na cláusula constitucional que contempla o direito à segurança, inclui-se a positivação do direito à segurança jurídica, sob pena de se ignorar, com grave lesão aos cidadãos, o atributo da previsibilidade das ações estatais, que norteia e estimula a adoção de padrões de comportamento por parte das pessoas em geral (e dos contribuintes em particular).

Os cidadãos não podem ser vítimas da instabilidade das decisões proferidas pelas instâncias judiciárias ou das deliberações emanadas dos corpos legislativos. Nessa perspectiva, o princípio da segurança jurídica supõe que o direito seja previsível e que as situações jurídicas permaneçam relativamente estáveis.

No caso concreto (que mudando o que deve ser mudado pode ser estendido para outras situações), a instabilidade das decisões estatais, motivada pela ruptura abrupta de critérios jurisprudenciais, que, até então, pautavam o comportamento dos contribuintes – cujo planejamento fiscal na matéria em causa traduzia expressão direta do que se continha na Súmula 276/STJ -, não pode nem deve afetar ou comprometer a esfera jurídica daqueles que, confiando em diretriz firmada pelos Tribunais e agindo de acordo com esse entendimento, ajustaram, de boa-fé, a sua conduta aos pronunciamentos reiterados do Superior Tribunal de Justiça a propósito da subsistência, no caso, da isenção da Cofins.

A sociedade contemporânea está na busca da certeza, da segurança, da redução dos riscos em uma sociedade fluida, líquida, que valoriza as apostas e o desconhecimento do futuro (BELLO FILHO, 2011, p. 121). A estabilidade das decisões judiciais, portanto, não pode ser encarada como algo reacionário, como algo que poderia engessar a sociedade. De igual modo, buscar a previsibilidade das decisões não pode ser vista como algo que ofende e transgredir a hermenêutica filosófica. Ao contrário, é preciso saber conciliar o vanguardismo da hermenêutica filosófica com o princípio da segurança jurídica.

Como já afirmado em tópico anterior, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter dado interpretação constitucional diversa daquela sedimentada por tribunal superior é algo normal e até mesmo salutar, em homenagem à fluidez da hermenêutica (hermenêutica filosófica). Contudo, também como já afirmado, não se pode violar direitos fundamentais (a exemplo da segurança jurídica), sob o pretexto de se defender o não engessamento do direito.

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que o princípio da segurança jurídica, que se reveste de natureza eminentemente constitucional, tem sido prestigiado, pela Suprema Corte, em diversos julgamentos, inclusive naqueles envolvendo relações de direito público (MS 24.268/MG, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes - MS 24.927/RO, Rel. Min. Cezar Peluso, v.g.) e de caráter político (RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa), cabendo mencionar, ainda, por relevante, decisão do Plenário do Supremo, *in verbis*:

(...) 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. (...).” (MS 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes)

Por essas razões que a formulação inscrita na Súmula 276/STJ não podia ser desconsiderada na decisão que o Supremo Tribunal proferiu nos julgamentos em que pretendida a modulação dos efeitos deles decorrentes. Em meu entendimento, tal conclusão, como já afirmei, deve ser levada a efeito em todas as ocasiões em que o STF altere paradigma vigente nos tribunais superiores.

Com efeito, o raciocínio deve ser similar ao desenvolvido nos casos em que há alteração jurisprudencial do próprio Supremo, considerando os precedentes por ele próprio firmado, a partir das virtualidades que lhes são inerentes – tais como conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias abrangidas por esses mesmos precedentes, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

Como se disse, o próprio Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional, de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigmas, a não incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados pelo Supremo Tribunal. Por que não fazer isso nas matérias de índole igualmente constitucionais, mas sedimentadas por outros tribunais?

No direito comparado temos exemplos da modulação dos efeitos das decisões quando há casos de mudança jurisprudencial de outras cortes. Embora o modelo jurídico não seja similar ao nosso, nos Estados Unidos da América, por exemplo, a prática jurisprudencial da Suprema Corte tem respeitado esses mesmos critérios e idênticos princípios, fazendo-os

incidir naquelas hipóteses em que sobrevém alteração substancial de diretrizes que, até então, vinham sendo observadas na formação das relações jurídicas, inclusive em matéria penal.

Refiro-me, ao conhecido caso “*Linkletter*” – *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 629, 1965 –, e ainda, a muitas outras decisões daquele Alto Tribunal, nas quais se proclamou, a partir de certos marcos temporais, considerando-se determinadas premissas e com apoio na técnica do ‘*prospective overruling*’, a inaplicabilidade do novo precedente a situações já consolidadas no passado, cabendo lembrar, dentre vários julgados, os seguintes: *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97, 1971; *Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp.*, 392 U.S. 481, 1968; *Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U.S. 13, 1964; *England v. State Bd. of Medical Examiners*, 375 U.S. 411, 1964; *City of Phoenix v. Kolodziejski*, 399 U.S. 204, 1970; *Cipriano v. City of Houma*, 395 U.S. 701, 1969; *Allen v. State Bd. of Educ.*, 393 U.S. 544, 1969, v.g..

Como se pode raciocinar, todas as razões que justificam fixar temporalmente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estão presentes no caso da mudança de rumo da jurisprudência, que se revela, diga-se de passagem, em processos de longa duração.

São milhões de pessoas que acreditam no direito que vem dos acórdãos dos tribunais e pautam sua conduta pelos parâmetros lançados nos julgados. A alteração do entendimento dos tribunais, principalmente, dos tribunais superiores, afetando uma multidão incalculável, gera enorme insegurança jurídica.

Dessa forma, não parece absurdo se instituir uma forma de modular, também, os efeitos da nova jurisprudência, para que sua aplicação venha sinalizar o novo modo de se conduzir das pessoas nos seus negócios. Com a modulação aqui defendida, aqueles cidadãos que acreditavam ter direito reconhecido pelos tribunais não se verão frustrados, até mesmo enganados, em decorrência da longa demora na solução dos processos.

O que se defende, pois, é que as garantias inerentes ao princípio da segurança jurídica não se destinam a proteger os indivíduos apenas contra os enunciados normativos em abstrato, mas, também, destinam-se a proteger os indivíduos em relação às inovações na ordem jurídicas provocadas pelas decisões judiciais, eis que são os juízes e tribunais que vão dizer, de modo definitivo, o sentido e o alcance da lei.

De fato, é o Judiciário que irá decidir quais os direitos e obrigações foram criados pelos dispositivos legais e dentro dessa linha de pensamento é natural que o princípio da segurança jurídica se dirija também à atividade jurisdicional. Se fosse diferente, nada do que ocorreu no passado judicial poderia ser jamais considerado definitivo pelos particulares já que

a qualquer momento a questão poderia ser revista por um novo entendimento do Judiciário.

Nesse contexto, se a cada momento que o Supremo e modificar o entendimento solidificado dos outros tribunais sobre a legislação em vigor e atribuisse às novas decisões efeitos retroativos, instalar-se-á a absoluta insegurança jurídica.

É certo que o STF, assim como qualquer outro juízo ou tribunal, pode modificar sua posição acerca de determinada questão, seja para adaptar a novos fatos, seja simplesmente para rever sua interpretação anterior. Ao fazê-lo, todavia, o STF está vinculado ao princípio constitucional basilar da segurança jurídica.

Em suma, no meu posicionamento, eventual decisão do STF que modifique jurisprudência dos tribunais superiores, uma vez que importa modificação da ordem jurídica material (ainda que não formal), apenas poderá afetar os fatos futuros, não se admitindo que lhe sejam atribuídos efeitos retroativos (ou *ex tunc*). Nessas hipóteses, a única forma de conciliar a possibilidade de modificação do entendimento da Corte com o respeito ao conteúdo essencial do princípio da segurança jurídica é atribuir à nova orientação firmada eficácia *ex nunc*.

Diante do exposto, percebe-se que a controvérsia, longe de estar pacificada, necessita de uma diretriz mais firme, de modo a salvaguardar a segurança dos jurisdicionados. É preciso discutir, e caminhar para uma solução definitiva, acerca da aceitação ou não da mudança de jurisprudência das cortes infraconstitucionais, como critério para modulação dos efeitos das decisões do STF em controle de constitucionalidade, bem como sobre os procedimentos para tal decisão.

Inobstante as controvérsias existentes, percebe-se, que a possibilidade de modulação nos casos de mudança de jurisprudência, qualquer que seja a origem de tal modificação, está por se tornar um imperativo, haja vista a crescente vinculação às decisões do Supremo que vem sendo instituída, paulatinamente, no sistema da jurisdição constitucional, notadamente considerando o pleno sincretismo do controle de constitucionalidade no Brasil.

## **5. CONCLUSÃO**

A proposta do presente artigo foi analisar a evolução hermenêutica e a conseqüente alteração jurisprudencial, como fundamento para a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. Ao longo do trabalho cheguei a varias conclusões.

A primeira delas é que o constitucionalismo tem como função primordial resguardar direitos fundamentais e um dos seus principais instrumentos é o controle de constitucionalidade – que no Brasil já está na fase de completo sincretismo.

Além disso, pode concluir que a hermenêutica constitucional a ser utilizada deve ser a filosófica, aquela que envolve atividade criativa e que discute o direito sob todos os aspectos, não se prendendo padrões estáticos ou a fórmulas prontas.

Importante mencionar que nesse particular conclui que a hermenêutica filosófica não pode (e não deve) ser utilizada de forma extrema. Compreendo que o direito não é algo meramente literal, estático, hermético. Ele deve ser construído com base na interpretação, na argumentação fundamentada e justificada. Contudo, isso deve ser feito com base numa “moldura” jurídica elaborada por órgãos políticos e composta por valores sociais, tendo sempre a força do Estado como mantenedor do direito.

Outra conclusão foi quanto ao importante papel da evolução hermenêutica no acompanhamento do avanço da sociedade e o contraponto com o princípio da segurança jurídica, e a necessária estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais.

Deduzi, pois, que a modulação dos efeitos das decisões constitui significativo mecanismo de “conciliação” entre a imprescindível evolução hermenêutica e a segurança jurídica e estabilidade.

Nesse diapasão, entendo que o Supremo Tribunal Federal acerta quando modula os efeitos das suas decisões nas hipóteses de mudança do seu próprio entendimento. Por outro lado, convenci-me que o Pretório Excelso erra quando não modula os efeitos nos casos em que suas decisões contrariam posições sólidas (algumas até mesmo sumuladas) de Tribunais Superiores.

Com efeito, como demonstrei ao longo do texto, nos casos de alteração de entendimento de outros tribunais, a jurisprudência do STF não segue seu entendimento de quando a mudança é na sua própria orientação. O Supremo Tribunal entende que por ser ele o guardião-maior da Constituição, a sua palavra é a última e a ele cabe dirimir definitivamente matérias constitucionais. Nesse sentido, para ele (Supremo) pouco importa se a controvérsia já estava definida em sentido contrário em outros tribunais.

A questão controvertida ganha ainda mais relevância quando observamos que os processos julgados na Suprema Corte estavam relacionados à matéria tributária, por exemplo. Tal posição, a meu ver, fere a confiança do cidadão e gera uma quebra da relação de segurança do jurisdicionado – cidadão com o Estado. A previsibilidade das decisões, que longe der ser algo ruim ou anti-revolucionário, é, ao contrário, um efetivo e importante corolário na busca da certeza, da segurança, da redução dos riscos em uma sociedade que valoriza o desconhecimento do futuro.

Sendo assim, entendo demonstrada a existência do imbróglio o qual, aparentemente,

não está perto de ser resolvido, pois o entendimento do STF goza de ampla maioria. No entanto, cabe ao meio acadêmico questionar e tentar demonstrar que, neste particular, não está correto o nosso Pretório Excelso.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Filipo Bruno Silva. **O amicus curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Brasília: Athalaia, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Interlúdio: pós-modernidade, direito e sociedade**. São Luís: Edições AML, 2011.

\_\_\_\_\_. **Sistema Constitucional Aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros Editores, 20ª Edição, São Paulo, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 04 jul. 2012.

BRASIL. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm). Acesso em 4 de jul. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 78.594**. Relator Ministro Bilac Pinto. Brasília, DF: 1974. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2878594%2ENUME%2E+OU+78594%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 04 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência nº 7.204**. Relator Ministro Carlos Brito. Brasília, DF: 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%287204%2ENUME%2E+OU+7204%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 04 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 273.074**. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF: 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28273074%2ENUME%2E+OU+273074%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 04 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602**. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF: 2008a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826602%2ENUME%2E+OU+26602%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 04 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.604**. Relatora Ministra Carmen Lucia. Brasília, DF: 2008b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826604%2EENUME%2E+OU+26604%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 04 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 377.457**. Relator Gilmar Mendes. Brasília, DF: 2008c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28377457%2EENUME%2E+OU+377457%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 04 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 534.964**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF: 2008d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28534964%2EENUME%2E+OU+534964%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 04 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 549.279**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF: 2008e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28549279%2EENUME%2E+OU+549279%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 04 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 592.148**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF: 2009a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28592148%2EENUME%2E+OU+592148%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 04 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 381.964**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: 2009b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28381964%2EENUME%2E+OU+381964%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 04 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029**. Relator ministro Luiz Fux. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000189572&base=baseAcordaos>. Acessado em 07 jul. 2013.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional: Métodos e princípios específicos de interpretação**. 2 ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

CAMARÃO, Felipe Costa. **Inconstitucionalidade Progressiva na Visão do Supremo Tribunal Federal: Uma Técnica de Efetivação dos Direitos Fundamentais**. Cadernos UNDB, v. Ano II, p. 157-185, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 11 ed. Petrópolis: Vozes. 2011.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Trad. Joao Baptista Machado. 7 ed. Bras. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAREZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. Second edition. Oxford and Portland. Oregon: Hart publishing, 2005.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito: conceito, Objeto, Método**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1 ed. 2 tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PILDES, Richard H.; ANDERSON, Elizabeth S. Slings arrows at democracy: social choice theory, value pluralism, and democratic politics. **90 Colum. L. Ver. 2121 1990**. Disponível em <http://heinonline.org>. Acessado em 28 mar. 2013.

PRESTES, Maria Lucia de Mesquita. **A pesquisa e a construção do conhecimento científico: do planejamento aos textos, da escola à academia**. 3. ed. São Paulo: Rêspel, 2005.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das Leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico – políticas**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

RODRIGUEZ, J. R.. Por um Novo Conceito de Segurança Jurídica: Racionalidade Jurisdicional e Estratégias Legislativas. **Analisi e Diritto**, v. 2012, p. 129-152, 2012.

SALOMON, Délcio Vieira. **Como fazer uma monografia**. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SANTANA, José Cláudio Pavão. **A Constituição de ontem e de hoje. O que nos reserva o futuro? Os 400 anos das Leis Fundamentais do Maranhão**. Palestra na Escola Superior da Advocacia da OAB-MA, em 13 de novembro de 2012. Extraído de <http://claudiopavao.blogspot.com.br/>, em 14.11.2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Intepretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

WRÓBLEWSKI, Jerzi. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.**  
Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985.