

**ARGUMENTAÇÃO E DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL CONCERNENTES À MODULAÇÃO DOS
EFEITOS TEMPORAIS EM CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Por

KARIN ALMEIDA WEH DE MEDEIROS

SALVADOR - DEZEMBRO DE 2010

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo uma análise do papel argumentativo exposto pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões acerca da modulação dos efeitos temporais em sede de controle de constitucionalidade.

Palavras-Chaves: argumentação. STF. Controle de constitucionalidade. Modulação dos efeitos.

ABSTRACT

The present work aims to analyze argumentative processes used by de Supreme Court in its decisions about modulation of effects in constitutionality control.

Key Words: argumentation. Supreme Court. Constitutionality Control. Modulation os effects.

Sumário

1. Introdução.

2. Hermenêutica e Direito.

3. Argumentação e Direito

4. O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização dos direitos

4.1. O controle de constitucionalidade.

4.2. Efeitos das decisões acerca do controle de constitucionalidade

5. O papel da argumentação quanto à modulação dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade.

6. Conclusão

Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O papel dos tribunais superiores é de alto relevo na concreção dos direitos sufragados pelo ordenamento jurídico. Nessa concreção, contudo, deve sua atuação se submeter a certas regras sistemáticas. Entretanto, não se pode abstrair daí a necessidade de fundamentação de suas decisões, uma vez que, em muitos casos, o que se verifica não é aplicação de um silogismo puro e simples, mas sim a busca de soluções para problemas que nem sempre estão dentro dos paradigmas estabelecidos previamente.

Nesse diapasão a questão da argumentação ganha contornos de grande importância, pois vai propiciar a legitimação da atuação do Poder Judiciário fora dos parâmetros previamente fixados, propiciando uma harmonização entre o discurso jurídico e os valores presentes no senso comum da sociedade.¹

Em relação ao controle de constitucionalidade sempre a regra estabelecida pelo ordenamento e pela vivência do direito tem sido no sentido de se entender como nula de pleno direito a norma declarada inconstitucional, de forma que as decisões nesse sentido terão efeitos *ex tunc*, extirpando a norma do ordenamento como se esta não tivesse existido. No entanto, em algumas hipóteses essa solução não será a mais viável em termos de segurança do próprio ordenamento jurídico, fazendo com que se tenha que afastar tal regra.

A proposição do presente trabalho, portanto, é verificar como o Supremo Tribunal Federal lida com tais situações em termos argumentativos.

Para o desenvolvimento do trabalho primeiro se considerou a importância do papel interpretativo para a própria existência do direito, que não prescinde da compreensão que o homem dá acerca de suas manifestações, já que o ordenamento jurídico é uma criação do ser humano, ou seja, é um objeto cultural, que varia no tempo e no espaço e, por isso, possuidor de uma carga valorativa intensa. Em seguida passou-se a uma análise do papel da argumentação para a compreensão do fenômeno jurídico e como ela atua na questão da decidibilidade dos conflitos sociais. Posteriormente, buscou-se averiguar o papel fundamental

¹ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 5.

exercido pelos Tribunais Superiores enquanto agentes atualizadores dos sentidos das normas jurídicas, fazendo-se uma análise mais demorada quanto à modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, tendo em vista que aí estará o Supremo Tribunal Federal desbordando de seu tradicional papel de legislador negativo e assumindo uma postura mais ativa na concretização dos direitos. Por fim, se fará a análise crítica, apenas de modo paradigmático, da carga argumentativa de duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em que a Corte decidiu por dar efeitos *ex nunc* às decisões.

2. HERMENÊUTICA E DIREITO

O mundo jurídico não pode ser apreendido nem vivido sem interpretação. Isto é assim pois o significado da lei não pode prescindir da determinação que lhe é dada por aquele que a aplica. Por outro lado, também os fatos estão submetidos à apreciação de significado pelos operadores do direito. Dessa forma, a interpretação jurídica não se esgota apenas na determinação do significado do texto normativo, mas também engloba os fatos que lhe estão subjacentes.

Segundo leciona Ricardo Maurício Soares, “diante da profusão de sentidos da ordem jurídica, reflexo de uma dada cultura humana, a interpretação do direito opera uma verdadeira compreensão, desenvolvendo-se numa dimensão axiológica.”²

De se ver também que, conforme leciona Margarida Lacombe Camargo³, só se faz sentido falar em interpretação de lei tendo em vista um problema que requeira solução legal. Segundo seu magistério, a norma jurídica se encontra sempre referenciada a valores, uma vez que defende comportamentos ou serve de meio para atingir-se fins mais elevados. Dessa forma, somente se pode falar em compreensão do problema jurídico. Nesse sentido, portanto, o “Direito apresenta-se jungido à própria hermenêutica, uma vez que a sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da lei em cada caso julgado.”⁴

² SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

³ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 13

⁴ Id. *Ibid.* p. 17.

Ainda, segundo faz ver Ricardo Maurício Soares⁵ existem dois modos de conhecer os objetos reais: a compreensão e a explicação. A explicação é o modo como conhecemos os objetos naturais, consubstanciando a referência de tais fenômenos a uma causa. Portanto, explicar seria descobrir na realidade aquilo que na realidade mesma se contém. Por seu turno, a compreensão é o modo cognitivo dos objetos culturais, que, por serem frutos da criação humana, devem ter seu significado apreendido através do envolvimento da totalidade de seus fins e na conexão de seus sentidos. Dessa forma, a explicação abrange uma descrição ontológica do objeto de análise enquanto a compreensão necessita de uma própria contribuição positiva do sujeito cognoscente, que realizará as conexões requeridas, executando uma tarefa eminentemente valorativa e finalística.

Para Margarida Lacombe Camargo⁶ a ciência do direito enquanto ciência do espírito, se difere das ciências empíricas, não se caracterizando o Direito pela repetição e imutabilidade, mas pela variedade e probabilidade. Assim, não está o Direito relacionado à procura de explicações de causa e efeito, mas se volta para a compreensão do sentido das ações humanas. A hermenêutica é essencial para a compreensão do direito, uma vez que este somente revela sua existência quando interpretado e aplicado.⁷

Como salientado por Paulo Roberto Soares Mendonça⁸, deve-se encarar com precaução a idéia de clareza da lei, uma vez que ela consubstancia conceitos jurídicos que podem ter conteúdo flexível. Portanto, não se pode negligenciar a tarefa concretizadora dos conceitos jurídicos efetivada pela jurisprudência, que assim contribui para a formação de um significado institucionalmente aceito para a lei positiva. Nesse diapasão, a partir do exame de casos particulares pode-se criar, por indução, uma regra jurídica. Tal aspecto, por seu turno, é o traço típico do raciocínio tópico.

3. ARGUMENTAÇÃO E DIREITO

Tendo em vista, portanto, o fato de que o direito não pode ser explicado, mas sim compreendido, é primordial o papel da argumentação para que se proceda à tal compreensão.

⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Op. cit. p. 17.

⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 15-17.

⁷ Id. Ibid. p. 45.

Na verdade, a argumentação “viabiliza o acordo capaz de formular a compreensão através de uma interpretação que sirva de fundamento à solução mais razoável.”⁹

Atualmente a visão que se tem do direito superou a concepção que se fazia deste na época modernista. Hoje há uma mudança de paradigma em que o ordenamento jurídico não mais se consubstancia num conjunto de normas legais dotadas de uma razão planificante capaz de regulamentar todos os problemas sociais. Nessa vertente, a aplicação do direito estava amparada no dogma da subsunção, consistindo o raciocínio jurídico na estruturação de um silogismo que envolveria uma premissa maior (a norma) e uma premissa menor (o caso concreto).¹⁰

Portanto, a visão que se tem do direito é ser ele um objeto que se caracteriza por sua relatividade, ou seja, não se concebe verdades jurídicas absolutas, sendo que qualquer assertiva feita se consubstancia numa forma de interpretação. É por isso que se passa a enfatizar o estabelecimento de condições de decidibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas persuasivas. Dessa forma, o raciocínio jurídico não se limita a uma operação lógico-formal, mas se forma através de um processo argumentativo que se respalda através de juízos de valor. Nesse diapasão assume um papel importante a retórica, que, como técnica argumentativa, tem justamente por escopo, convencer a comunidade jurídica que a interpretação adotada é a que deve prevalecer.¹¹

Da mesma forma, a fundamentação das decisões jurídicas deixou apenas de servir como instrumento de limitação da atividade criadora do julgador¹² para passar também a constituir a manifestação de sua atividade construtiva da norma. Assim, ao fundamentar sua decisão o juiz vai se utilizar de diversos recursos argumentativos no intuito de integrar o fato à previsão normativa, superando as lacunas e ambigüidades do ordenamento. Isso, de certa forma, dá ao julgador uma certa liberdade no decidir, desde que sua decisão esteja dentro de parâmetros de razoabilidade.

⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 286

⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Op. Cit. p. 22.

¹⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e Interpretação Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42-43.

¹¹ Id. Ibid. p. 53.

¹² MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 289-290

Nesse sentido, portanto, é que ressalta Perelman¹³ ser essencial para a argumentação o contato entre orador e auditório, sendo que toda a argumentação é referenciada ao auditório a que se dirige. Assim, o conhecimento daqueles que se pretende conquistar é uma condição prévia da argumentação eficaz. Por seu turno, o objetivo de toda argumentação é provocar ou aumentar a adesão do auditório às teses apresentadas. Uma argumentação eficaz é a que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida ou, pelo menos, crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno.¹⁴

Além disso, também constitui premissa básica da argumentação a existência de um acordo prévio entre orador e ouvinte. Assim, existem certas premissas básicas que já devem ser previamente estabelecidas para o desenvolvimento da argumentação, essas premissas sobre as quais se dá o acordo podem dizer respeito a fatos, verdades, presunções, valores, hierarquias ou lugares (topoi)¹⁵.

Segundo Olivier Reboul a argumentação possui cinco características essenciais, são elas: dirige-se a um auditório; expressa-se em língua natural; suas premissas são verossímeis; sua progressão depende do orador; suas conclusões são sempre contestáveis.¹⁶

O trabalho argumentativo tem uma finalidade específica, que é persuadir. Segundo MacCormick os argumentos almejam atingir um público específico com o intuito de convencê-lo. Mas também ressalta o autor que subjacente a este objetivo prático também existe uma função de justificação, qualificada por ele, como ostensiva.¹⁷ Destaca, então, que a noção essencial quanto à argumentação jurídica é de dar boas razões justificatórias para as decisões proferidas, de forma que somente vale à pena falar em processo de argumentação enquanto processo de justificação.¹⁸ Confira-se, então, o que apresenta o autor:

Para dizer o mínimo, são, portanto fortes as pressões – aparentemente pressões muito eficazes – sobre os juízes para que pareçam ser o que supostamente devem ser. Logo, as razões que divulgam ao público para suas decisões devem ser razões que (desde que levadas a sério) façam com que eles aparentem ser o que se espera que sejam: em

¹³ PERELMAN, Chaïm. Tratado da Argumentação: a nova retórica, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 21

¹⁴ Id. Ibid. p. 50.

¹⁵ Id. Ibid. passim.

¹⁶ REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 92.

¹⁷ MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 17-18.

¹⁸ MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.19.

suma, razões que demonstrem que suas decisões garantem a “justiça de acordo com a lei, e que sejam pelo menos nesse sentido razões justificatórias.”¹⁹

Também Victor Rodrigues entende que há uma relação entre argumentação e fundamentação. Isso porque ao fundamentar, o juiz põe à prova seu método de raciocínio, elencando os elementos que devem convencer as partes de que este raciocínio é o mais correto.²⁰ Assim, a fundamentação é a explicação da decisão. A diferença entre argumentação e fundamentação estaria com relação ao foco de cada uma. A fundamentação tem o seu centro na pessoa que enuncia, enquanto a argumentação tem como cerne a pessoa a quem se enuncia.²¹

Nesse ponto, vale à pena transcrever o pensamento do autor:

A sentença é, pois, discurso decisório. Quem julga decide pelo melhor. A fundamentação da sentença é, então, a justificativa arrazoada da decisão, e deve ser bem detalhada, para explicar às partes sobre sua razão, também manifestando aos jurisdicionados (...) que ela não é fruto de mero arbítrio, em nenhum de seus trechos, mas sim de um raciocínio lógico e justo de aplicação da lei ao caso concreto. O único limite para a decisão do juiz é, pois, sob o ponto de vista argumentativo, o uso do desarrazoado, pois qualquer teor decisório pode ser prolatado, desde que suas razões sejam efetivamente convincentes, em um percurso lógico.

Esse ponto de vista traz a argumentação para muito perto da retórica, entendida esta como a arte de persuadir pelo discurso.²² Olivier Reboul, ao dar nova valorização à arte retórica, entende que esta compreende dois elementos: um argumentativo e outro retórico. Segundo ele, a importância da oratória é maior quanto mais urgente for a questão, mais restrito o acordo prévio e menos acessível à argumentação lógica um auditório.²³

4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS

Dentro do novo paradigma em que inserido o pensamento jurídico é de se ver o papel fundamental exercido pelos Tribunais Superiores enquanto agentes atualizadores dos sentidos das normas jurídicas.

Tradicionalmente, seguindo a doutrina da Separação de Poderes, a função do poder Judiciário se limitaria a aplicar as normas ao caso concreto, enquanto ao Poder Judiciário caberia a

¹⁹ MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 21.

²⁰ RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal, 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 40-41.

²¹ Id. Ibid. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 255.

²² REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. XIV.

²³ Id. Ibid. p. 91-92.

criação do direito. No entanto, nem sempre essa separação de funções pôde ser seguida de forma rígida, já que nem sempre o julgador se deparava com situações que já estavam previstas na legislação. Assim, ao julgador também cumpria interpretar o direito e integrar as lacunas do ordenamento. No entanto, essa atuação do julgador não é algo estático, mas uma conduta eminentemente valorativa que reflete toda uma conjuntura cultural e histórica daquele momento em que procedido o julgamento.

Nesse diapasão, portanto, a função do Poder Judiciário desborda da visão sistemática que se tem do ordenamento jurídico, devendo haver uma contextualização de sua atividade com a tópica, de forma a lhe dar mais liberdade de atuação. Dessa forma, conforme acentua Paulo Roberto Soares Mendonça²⁴, com a admissão de que o julgador pode complementar as normas jurídicas por meio de processos hermenêuticos não se pode ignorar que também o Poder Judiciário pode determinar o conteúdo normativo do ordenamento jurídico. Ressalta ainda o autor que a visão sistêmica da ordem jurídica não é incompatível com essa atividade dos juízes de dar o significado do direito à luz dos casos concretos. Segundo o doutrinador, “os recursos interpretativos no campo do direito representam um elemento de aproximação entre a lei e o fato, atendendo a uma necessidade institucional do Poder Judiciário, de oferecimento de respostas a problemas.”

Dentro do quanto doutrinado por Perelman é de se ver que, conquanto o Poder Judiciário tenha que demonstrar um conhecimento técnico do direito, a audiência para quem é dirigida suas decisões se relaciona a toda à sociedade sobre a qual seu poder é exercido. Portanto, pode-se determinar o auditório dos magistrados como um auditório universal. Tal fato traz grande impacto quanto ao processo argumentativo utilizado para legitimar suas decisões.

Para Reboul, a idéia de auditório universal serve como ideal argumentativo, já que propicia ao orador fazer um discurso mais amplo, tentando superar o auditório particular, considerando implicitamente todas as suas expectativas e todas as suas objeções. Assim, o auditório universal consubstancia um princípio de superação.²⁵

²⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 279.

²⁵ REBOUL, Olivier. Op. Cit. p. 93-94.

E é exatamente dentro desse contexto que se deve aferir a importância das decisões proferidas pelos tribunais superiores, principalmente diante de seu inegável papel político concernente à apreciação de questões constitucionais, que irá se refletir na própria esfera de condução da sociedade como um todo.

Nesse sentido, vale trazer à baila a lição de Paulo Roberto Soares Mendonça²⁶ sobre o assunto:

É de grande importância o fato de que a ordem jurídica constitucional democrática tem a sua legitimação dada pela formação de acordos sociais em torno de certos princípios e que tais pactos são assegurados pelas normas jurídicas, o que retira o Estado daquela posição de absoluta superioridade em relação aos cidadãos, tornando-o, na prática, um garantidor da manutenção de tais acordos. Neste contexto, a função dos tribunais tem extrema relevância, uma vez que são eles os órgãos incumbidos constitucionalmente de zelar pela preservação da estabilidade da ordem jurídica, por meio de suas decisões.

Em sociedades plurais, os acordos são estabelecidos em torno de determinadas regras, que podem ou não atingir uma ampla escala de seus integrantes. No momento em que as regras jurídicas apresentam um distanciamento em relação a uma parcela considerável da sociedade, ocorre um processo de crise de legitimidade. Precisamente em tais circunstâncias as cortes superiores experimentam um incremento de sua responsabilidade. Com base na aplicação dos princípios constitucionais deverão tais órgãos julgadores resgatar os fundamentos do acordo que estrutura determinada sociedade.

É também diante de tal aspecto que se averigua com mais vagar as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, que não só atua como legislador negativo, mas também, a partir do momento em que modula os efeitos de suas decisões nessa seara passa também a inovar no próprio ordenamento jurídico. Dessa forma, é importante verificar quais os argumentos utilizados para assim proceder.

4.1. O controle de constitucionalidade.

Concebido o ordenamento jurídico como um sistema, ou seja, um conjunto dotado de ordem e unidade, o controle de constitucionalidade consubstancia um dos mecanismos para a correção de eventuais desarmonias ocorridas dentro daquele.²⁷

Na verdade, o controle de constitucionalidade parte de duas noções básicas dentro do constitucionalismo, quais sejam, a supremacia e a rigidez da Constituição, devendo ele ser considerado como um meio de proteger e dar eficácia à Constituição.

²⁶ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 284.

O controle de constitucionalidade é gênero no qual se inclui a jurisdição constitucional, que significa a aplicação da Constituição pelos órgãos do Poder Judiciário.

O grande precedente com relação ao controle de constitucionalidade e a atuação da jurisdição constitucional ocorreu no julgamento pela Suprema Corte norte-americana do caso *Marbury v. Madison*, em que o Juiz Marshall estabeleceu os fundamentos justificadores do controle judicial de constitucionalidade. Seriam eles: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição e a qualidade de intérprete final da Constituição pelo Poder Judiciário.²⁸

O controle de constitucionalidade parte exatamente da visão de que a Constituição é o fundamento de validade de um determinado ordenamento jurídico. Conforme leciona Regina Ferrari²⁹ é a superioridade da Constituição que torna eficaz a garantia da liberdade e da dignidade do indivíduo, pois obriga a enquadrar todos os atos normativos às regras prescritas na Constituição.

4.2. Efeitos das decisões acerca do controle de constitucionalidade

Norma inconstitucional é norma inválida e deve trazer como consequência a sua nulidade ou anulabilidade.

Quanto às consequências advindas da inconstitucionalidade da norma, a tese mais difundida é a de que, por ser o vício da inconstitucionalidade de grande gravidade, deve a ele ser imputada sanção correspondente, qual seja, a nulidade de pleno direito. O raciocínio aqui presente é o de que, sendo a Constituição a lei suprema, não se pode admitir uma lei com ela incompatível, sob pena de violar esta supremacia, o que significa a própria negativa de vigência da Constituição.

A adoção da teoria da nulidade faz com que se identifique o caráter declaratório da decisão que reconhece a inconstitucionalidade do ato normativo, ou seja, é uma decisão que apenas

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1

²⁸ Id. Ibid. p. 8

²⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, 4^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 42

reconhece uma situação preexistente. A adoção de tal tese também traz conseqüências quanto aos efeitos de tal decisão, uma vez que, sendo a sua natureza declaratória, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma deve fazer retornar as relações jurídicas ao *satus quo ante*, ou seja, deverá retroagir até o momento de nascimento da norma tida por inconstitucional a fim de que sejam extirpados todos os efeitos dela decorrentes.

A teoria da nulidade da norma inconstitucional é predominante no direito pátrio, fazendo com que se tenha como pacificado o entendimento de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade deva ter efeitos *ex tunc*. No entanto, tal posicionamento nem sempre foi aplicado de modo absoluto, tendo sido permitida uma certa mitigação diante de certos casos colocados em julgamento, o que será objeto de apreciação posterior.

A teoria da nulidade da lei inconstitucional é prevalecente no Direito Brasileiro, trazendo como conseqüência a atribuição de efeitos *ex tunc* às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Na verdade a questão referente à natureza das decisões que julgam a constitucionalidade das leis pode ser dividida em dois segmentos: de um lado há a doutrina do *judicial review*, de origem norte-americana e preconizada pelo Juiz Marshal no julgamento proferido pela Suprema Corte, no caso *Marbury x Madison*, em 1803. Segundo tal doutrina, a declaração da nulidade da lei inconstitucional é a única maneira de se reafirmar a supremacia da Constituição, já que, do contrário, ou seja, se apenas fosse reconhecida eficácia desconstitutiva à decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade, estaria se afirmando a validade de uma lei contrária à constituição, de forma que, em dado momento, a lei inconstitucional estaria acima da própria Carta Maior.³⁰

Contudo, há um posicionamento doutrinário, inclusive encabeçado por Hans Kelsen, que defende a natureza constitutivo-negativa da decisão que profere a inconstitucionalidade de uma norma, dando efeitos prospectivos a tais decisões.

³⁰ SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade, in O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 102-103

Embora a teoria da nulidade das leis inconstitucionais seja predominante em quase todo o mundo ocidental (exceto na Áustria, devido à influência que as lições de Kelsen exerceram no ordenamento jurídico do País), os ordenamentos começam a introduzir regras que mitigam de certa forma sua utilização indiscriminada, já que houve o reconhecimento que tal procedimento poderia acabar vulnerando outros valores também defendidos constitucionalmente, sobretudo quanto ao princípio da segurança jurídica, já que o vício da inconstitucionalidade não convalesce com o tempo e pode uma lei ter vigência durante anos antes que se reconheça sua inconstitucionalidade, de forma que sua declaração de nulidade pode ter efeitos nocivos em relações jurídicas já de muitos estabilizadas.

É de se ver que a defesa dos efeitos *ex tunc* para as decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma se sustenta no próprio princípio da supremacia da Constituição, uma vez que a admissão de vigência a uma norma tida por inconstitucional retiraria a força normativa da Constituição.

Contudo, tal entendimento deve ser interpretado *cum granus salis* já que a própria possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade tem como pressuposto o próprio resguardo dos valores constitucionais. Em outras palavras, o fundamento da possibilidade de modulação se encontra justamente no fato de que sem ela os comandos constitucionais não se cumpririam.

Assim, como regra geral a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma deve ter efeitos retroativos, em virtude do princípio da Supremacia da Constituição. Contudo, como nenhum princípio tem aplicação absoluta pode ocorrer que em determinado caso concreto seja necessária a modulação desses efeitos temporais de modo a preservar o próprio sistema constitucional, fazendo prevalecer valores outros que seriam invalidados caso não houvesse essa possibilidade.

É por isso, portanto, importante se observar o papel da argumentação quando do afastamento dos efeitos *ex tunc* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, uma vez que tais decisões não podem ser tomadas de *per si* para obter uma legitimação, já que estão indo de encontro a toda uma dogmática já construída e aceita pacificamente pelos aplicadores do direito e pela sociedade em geral.

Na verdade, é de se ver que a possibilidade de assim atuar somente foi possível em virtude de uma mudança de paradigma, ou seja, com a superação da visão moderna que se tinha do fenômeno jurídico. Isto porque não mais se entende o ordenamento jurídico como um sistema hermético, mas como uma ordem permeável aos valores e aos fatos da realidade mutante. Ou seja, o ordenamento jurídico é visto como um fenômeno dinâmico, que está inserido na historicidade da vida humana.³¹

5. O PAPEL DA ARGUMENTAÇÃO QUANTO À MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Segundo já elucidado anteriormente, o direito se viabiliza através da compreensão, essa, por sua vez, engloba a compreensão da norma e a compreensão do fato, Para tanto o intérprete, entendido como um ser situado dentro de um contexto histórico, se utiliza da argumentação.

O significado do direito, portanto, depende da vontade humana, sendo que a busca de seu significado depende também de um esforço hermenêutico. Por ser a função hermenêutica um agir humano, a apreensão do sentido do direito se insere dentro de um processo dialético, apresentando várias interpretações logicamente possíveis.

De se chamar ainda atenção para o caráter colegiado das decisões preferida pelo Supremo Tribunal Federal, que tem como objetivo último inibir juízos subjetivos e tornar a decisão tomada mais próxima do senso comum, se ressaltando aí a existência de uma costura de diversos argumentos trazidos pelas partes litigantes, precedentes judiciais, além de imperativos de razoabilidade e congruência entre fatos e normas jurídicas.³²

Para servir de paradigma a tudo quanto acima enunciado, escolhemos duas decisões do Supremo Tribunal Federal que entenderam por modular os efeitos das decisões de controle de constitucionalidade, a fim de averiguar detalhadamente o processo argumentativo aí analisado. A primeira decisão se refere ao RE 122.202. Neste julgamento, entendeu-se que a retribuição de magistrado declarada inconstitucional não deve ser devolvida no período de validade inquestionada da lei, mas também não deve ser paga após a declaração de inconstitucionalidade.

³¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51.

³² MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 291.

Cuidou tal decisão de recurso interposto pelo Estado de Minas Gerais contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado que, inobstante a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que concedera vantagem pecuniária aos magistrados, considerou válidos seus efeitos, mantendo as vantagens percebidas sob o fundamento da aplicação do princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Passo, então, a transcrever o voto do Ministro Francisco Rezek, *in verbis*:

Esta Corte tem jurisprudência no sentido de prestigiar a irredutibilidade judiciária poupando seus detentores de restituir ao erário montante inconstitucionalmente pago. Vá lá que assim seja, e, portanto, ainda que declarada a inconstitucionalidade de retribuição ou acréscimo de índole vária – e, mais, sendo *erga omnes* os efeitos desta declaração – , não se devolve seu valor pecuniário já ingresso no patrimônio do assalariado, que é o juiz, e em geral já despendido.

Esta idéia, provavelmente erigida sobre os pilares como o da boa-fé e o da estabilidade das relações jurídicas, só se vê justificar enquanto se supõe válida a lei determinante de tais benefícios, porque ainda não apreciada em juízo a constitucionalidade pelo Supremo. Pretender vê-la subsistir mesmo após a declaração da inconstitucionalidade da lei por esta Cada é um despropósito. Importa fazer tabula rasa desse modelo de atividade jurisdicional que a órgão algum é dado, senão ao Supremo: apreciar a sanidade de uma lei frente à Constituição, e porventura hostil o diploma a esta última, proclamar sua insubsistência. Mantendo no caso concreto a vitalidade de determinado quadro normativo apesar de já declarado inconstitucional pelo Supremo, o acórdão recorrido expôs-se à correção extraordinária, no sentido de limitar seus efeitos ao período anterior à declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 9262 – portanto, ao período de validade inquestionada desta última.

Faremos a análise deste voto de acordo com o quanto desenvolvido por Chaïm Perelman quanto às técnicas argumentativas. Perelman em sua obra Tratado da Argumentação faz uma classificação das técnicas argumentativas, diferenciando-os em quatro subtipos: argumentos quase-lógicos; argumentos baseados na estrutura do real; argumentos que fundamentam a estrutura do real e argumentos de dissociação.

Segundo seu magistério os argumentos quase-lógicos são argumentos desenvolvidos através de raciocínios formais. No entanto, não se confundem com as demonstrações formais, uma vez que possuem em sua estrutura uma redução de natureza não formal. Observe-se o quanto leciona Perelman a respeito:

“Em todo argumento quase lógico convém pôr em evidência, primeiro, o esquema formal que serve de molde à construção do argumento, depois, as operações de redução que permitem inserir os dados nesse esquema e visam torná-los comparáveis, semelhantes, homogêneos.”³³

³³ PERELMAN, Chaïm. Tratado da Argumentação: a nova retórica, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 219

Olivier Reboul, analisando a obra de Perelman entende que os argumentos quase-lógicos são aqueles aparentados com princípios lógicos, como a identidade ou a transitividade, que, *a priori*, não fazem apelo à experiência, mas que ao contrário dos princípios lógicos da demonstração podem ser refutados.³⁴

Já os argumentos baseados na estrutura do real procuram estabelecer uma solidariedade entre juízos admitidos e outros a que se procura a adesão.³⁵ Pressupõem um acordo entre o retor e a audiência quanto à existência dessa estrutura do real. Se baseiam, portanto, em opiniões consolidadas acerca de fatos, verdades ou presunções, ou seja, se apóiam em experiências, nos elos reconhecidos entre as coisas³⁶. Dentro dos argumentos baseados na estrutura do real encontramos o argumento de autoridade, que é aquele argumento que se relaciona ao prestígio de uma pessoa ou grupo de pessoas, utilizando teses defendidas por esses como meio de prova.³⁷

Os argumentos que fundamentam a estrutura do real consubstanciam um recurso ao caso particular, como é o caso da argumentação pelo exemplo.³⁸ São também argumentos empíricos, mas que ao contrário de se apoiarem na estrutura do real, criam-na ou a completam, fazendo com que surjam novos nexos antes não vislumbrados.³⁹

Por fim, a dissociação se reporta a uma técnica de ruptura, com o intuito de separar elementos que inicialmente se encontravam unidos, podendo levar a um remanejamento dos dados conceituais.⁴⁰

Pois bem, o início do voto se utiliza do argumento de autoridade, ao informar qual a decisão que o Supremo tem tomado quanto a questão analisada naquele caso concreto em julgamento. Por sua vez, o argumento de autoridade está inserido dentro dos argumentos que relacionam os atos com as pessoas. Liga-se ele ao argumento de essência, que é aquele que explica o que um

³⁴ REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 168.

³⁵ PERELMAN, Chaïm. Tratado da Argumentação: a nova retórica, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 298.

³⁶ REBOUL, Olivier. Op. Cit. p. 173.

³⁷ PERELMAN, Chaïm. Op. Cit. p. 348.

³⁸ Id. Ibid. p.399.

³⁹ REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 181.

⁴⁰ PERELMAN, Chaïm. Op. Cit. p. 467-468.

determinado número de casos têm em comum.⁴¹ Uma aplicação desse argumento é o argumento de pessoa, que apresenta um nexo entre a pessoa e seus atos, nexo este que permite presumir os atos dizendo que conhece a pessoa. Esta estabilidade da pessoa é que fundamenta sua responsabilidade⁴². Nesse contexto, como faz ressaltar Perelman.⁴³, a simples repetição de um ato pode acarretar uma adesão fortalecida à construção anterior. Assim, a idéia de pessoa traduz um elemento de estabilidade.

O argumento de autoridade se baseia no argumento de pessoa, que é aquele que justifica uma afirmação baseando-se no valor de seu autor. O argumento de autoridade se baseia no prestígio, que consubstancia a qualidade da pessoa que se reconhece por seus efeitos, ou seja, consiste na relação de superioridade entre um indivíduo e outro.⁴⁴

No campo da argumentação jurídica, o argumento de autoridade assume uma posição de relevo, nesse sentido confira-se o que Perelman aborda sobre a matéria:

Mas não é uma ilusão deplorável crer que os juristas se ocupam unicamente com a verdade, e não com justiça nem com paz social? Ora, a busca da justiça, a manutenção de uma ordem equitativa, da confiança social, não podem deixar de lado as considerações fundamentadas na existência de uma tradição jurídica, a qual se manifesta tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Para atestar a existência de semelhante tradição, o recurso ao argumento de autoridade é inevitável.

(...)

O espaço do argumento de autoridade na argumentação é considerável. Mas não se deve perder de vista que, como todo argumento, ele se insere entre outros acordos. De um lado, recorre-se a ele quando o acordo sobre o que se expressa está sujeito a ser questionado.⁴⁵

O voto prossegue, então, se utilizando do argumento da causalidade, que é um argumento fundado na estrutura do real. Assim, ele justifica a não devolução dos valores indevidamente recebidos pelos magistrados sob a alegação de que já foi sob a alegação de que já tinham ingressado no patrimônio dos assalariados, tendo sido já despendidos. Percebe-se então, a existência de um juízo de valor. Justifica, ainda, dizendo que, no caso há aplicação dos princípios da boa-fé e da estabilidade. Aqui já se utiliza da analogia, pois quer fazer ver que o caso concreto se assemelha aos valores consubstanciados em tais princípios.

⁴¹ REBOUL, Olivier. Op. Cit. p. 176.

⁴² Id. Ibid. p. 176-177.

⁴³ PERELMAN, Chaïm. Tratado da Argumentação: a nova retórica, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.334

⁴⁴ Id. Ibid. p. 345.

⁴⁵ Id. Ibid. p. 349-350.

No entanto, a seguir o voto traz um argumento dissociativo, pois ressalva que a justificativa dos princípios da boa fé e estabilidade das relações jurídicas só se sustenta enquanto a validade da lei é reconhecida. Há, portanto, uma ruptura criada pelo discurso, modificando a realidade. Como leciona Reboul, a dissociação tem como objetivo dirimir incompatibilidades.⁴⁶ Assim, deve-se fazer a distinção entre aquilo que ingressou no patrimônio do magistrado enquanto a validade da lei não era questionada, dos valores percebidos após a declaração de sua invalidade, se reconhecendo que são situações distintas e incompatíveis.

Assim, reconhece o Ministro Francisco Rezek que se se permitir reconhecer legítimos os efeitos da lei, mesmo após a declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF, significa subverter todo o sistema de controle de constitucionalidade criado pelo Direito pátrio. Aqui utiliza-se do argumento de direção que é utilizado quando queremos rejeitar uma coisa porque ela serve de meio para um fim a que não se deseja.⁴⁷ Veja-se o que a respeito leciona Perelman:

O argumento de direção consiste, essencialmente, no alerta contra o uso do procedimento das etapas: se você ceder desta vez, deverá ceder um pouco mais da próxima, e sabe Deus aonde você vai parar. (...) Cada vez que uma meta pode ser apresentada como um ponto de referência, uma etapa numa certa direção pode ser utilizado. Esse argumento responde à pergunta: aonde se quer chegar?⁴⁸

Por fim, o ministro relator conclui seu voto com um argumento de transitividade, dizendo que ao tomar a decisão contrária às argumentações acima expendidas, o acórdão recorrido se sujeita à correção pela Corte Suprema, de forma a limitar seus efeitos ao período anterior à declaração de inconstitucionalidade da lei.

O argumento de transitividade é aquele baseado no raciocínio silogístico, através de conseqüências lógicas.⁴⁹

Disso se conclui que o voto do Ministro Francisco Rezek, apesar de sucinto foi bem fundamentado, e se utilizou satisfativamente dos argumentos para defender a sua tese,

⁴⁶ REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 189.

⁴⁷ Id. Ibid. p. 175.

⁴⁸ PERELMAN, Chaïm. Tratado da Argumentação: a nova retórica, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 321.

⁴⁹ Id. Ibid. p. 257.

podendo, portanto, se entender que a decisão do Supremo Tribunal possui legitimidade para se fazer valer no seio da sociedade.

A esse voto iremos contrapor a decisão proferida no RE 560.626-1, em que se declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, declarando, contudo, a legitimidade dos recolhimentos efetuados nos prazos previstos em tais normas e não impugnados antes da data de conclusão do julgamento.

O que chama a atenção neste julgamento é exatamente apresentar ele uma mitigação de toda a doutrina acerca dos efeitos das decisões de declaração de inconstitucionalidade sem que houvesse uma necessária fundamentação para tanto, o que, em termos argumentativos, lhe retira toda a legitimidade.

Confira-se, portanto, o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes no que concerne à modulação dos efeitos de sua decisão:

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.

Em outras palavras, são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.

Pois bem, a justificativa para se decidir acerca da modulação dos efeitos foi feita sob o pálio da repercussão e insegurança jurídica, se limitando o voto a elencá-las, sem desenvolver qualquer argumento para adequá-lo ao caso concreto. É de se dizer, portanto, que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi decidida sem que se procedesse a qualquer processo argumentativo. Assim, não foi estabelecido qualquer diálogo com o auditório, carecendo a decisão, portanto, de qualquer legitimidade. Apesar disso, o voto foi seguido pelos outros Ministros do Supremo, à exceção do Ministro Marco Aurélio, que, apesar de ser voto vencido, foi o único que apresentou argumentos suficientes à sua tese, de forma a legitimar a posição tomada.

Analisemos, portanto, o seu voto, através da transcrição a seguir:

Senhor Presidente, o Colegiado conhece meu ponto de vista sobre o instituto da modulação, especialmente em processos subjetivos.

Entendo que não cabe uma mitigação do ato judicial em termos de guarda da Constituição a ponto de se afastar do próprio sistema procedimental por ele contemplados.

A matéria versada não é nova e o primeiro pronunciamento do Tribunal quanto à necessidade de lei complementar – recorde que a Lei nº 8.212/91 é de 24 de julho de 1991 – ocorreu em 1992. Este Plenário – já estava inclusive compondo-o -, sem voto discrepante, assentou, na dicção de relator, ministro Carlos Velloso, a indispensável observância do instrumento – lei complementar – para alcançar-se a disciplina da prescrição e da decadência. Assim, repito – e aqui não se pode cogitar de surpresa para quem quer que seja, muito menos para o Estado -, decidiu o Pleno no Recurso Extraordinário nº 138.284-8, em 1º de julho de 1992.

Consignou o ministro Carlos Velloso:

“Todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao CTN (art. 146, III, ex vi do disposto no art. 149).”

E fez ver sua Excelência que a instituição em si, da contribuição não exige a lei complementar. Mas, no tocante ao que se quer na Constituição como disciplina linear – e, se não tivesse sido a decisão do Plenário no sentido do tratamento igualitário, ficaria a imaginar 27 assembleias deliberando sobre o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, a prescrição e a decadência, 5.554 câmaras de vereadores o fazendo quanto ao Imposto sobre Serviços, o que haveria em termos de guerra fiscal -, assentou o Tribunal – nesse julgamento, expressamente, em 1992, daí não se poder cogitar de insegurança jurídica – que a questão da prescrição e da decadência já estava pacificada àquela época, em 1992. E diria: tornou-se pacificada tão logo veio à baila a Emenda Constitucional nº 1/69, no que remeteu a lei complementar normas gerais sobre tributos. É que tais institutos – a prescrição e a decadência – são próprios aos conceitos de normas gerais.

Posteriormente, o Plenário, também relator o ministro Carlos Velloso, tributarista emérito, constitucionalista, julgando o Recurso Extraordinário nº 396.266-3-SC, fez ver que se teria como necessária a disciplina das matérias aludidas mediante Lei complementar.

Ante esses precedentes, passamos nós outros a decidir monocraticamente, negando seguimento a recursos voltados a infirmar pronunciamentos de Regionais Federais no sentido da necessidade da lei complementar. Eu próprio assim assentei, como também os ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Eros Grau.

Indago: podemos cogitar de contexto a autorizar a modulação? A meu ver, não. E decidimos, há pouco – só que aqui os ventos beneficiam o Estado e no caso a que me refiro, o pleito se mostrou dos contribuintes -, em situação mais favorável à modulação, e ela foi rechaçada, quando examinamos a questão da alíquota zero e do Imposto sobre Produtos Industrializados. O Tribunal, nessa oportunidade – e buscavam os contribuintes a modulação -, apontou que não haveria como se cogitar de insegurança jurídica porque os pronunciamentos anteriores, estes sim a favor dos contribuintes. Dos beneficiários do pleito da modulação, não teriam transitado em julgado.

Ora, Presidente, neste caso concreto, em que a Jurisprudência do Supremo, desde 1969, sempre foi no sentido de se ter como indispensável o trato da matéria mediante lei complementar – e a Lei nº 8.212, repito, é de 1991 -, não há premissa que leve o Tribunal a quase sinalizar no sentido de que vale a pena editar normas inconstitucionais porque, posteriormente, ante a morosidade da Justiça, se acaba chegando a um meio termo que, em última análise – em vez de homenagear a Constituição, de torná-la realmente observada por todos, amada por todos -, passa a mitigá-la, solapá-la, feri-la praticamente de morte.

De mais a mais, os contribuintes que recolheram indevidamente o tributo, não terão o prazo de dez anos para a ação de repetição de indébito! Disporão de cinco anos, o que já afasta gama enorme de contribuintes que teriam direito à devolução do que

satisfeito à margem da ordem jurídica, considerada toda sorte de medidas coercitivas do próprio Estado.

O voto vencido é quem abre o diálogo com o auditório procurando desconstruir a tese da existência de insegurança jurídica acaso não fossem dados efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade. Para tanto, usa de argumentos que fundamentam a estrutura do real, através da ilustração de julgados antigos que já consideravam a tese defendida para a declaração de inconstitucionalidade da lei. Aí também se mescla o argumento de autoridade, já que os exemplos utilizados pelo Ministro são do próprio STF.

Mostra, ainda, a incoerência do julgamento, já que defende uma tese que, quando a ser aplicada em favor dos contribuintes, foi afastada. Assim, há uma quebra da regra de justiça. Segundo Perelman⁵⁰, quando se demonstra a coerência de uma conduta quase sempre se fará alusão à obediência à regra de conduta, que supõe a identificação parcial dos seres, mediante a inserção numa categoria.

Também se utiliza o voto do argumento de direção, pois faz implicar de que a decisão combatida ao fim e ao cabo acabaria por vulnerar a própria força normativa da Constituição, uma vez que passaria a valer a pena editar normas inconstitucionais, pois o Tribunal sempre encontraria um meio termo para fazer valer os efeitos da lei posteriormente reconhecida como contrária à Lei Maior.

Por fim, o voto procura minimizar seu posicionamento, defendendo que ele trará poucas repercussões, já que mesmo com a adoção da retroatividade, muitos contribuintes não terão direito à restituição em virtude de já ter escoado o prazo decadencial ou prescricional para tanto, se utilizando, portanto, de um argumento dissociativo.

Diante, então do quanto analisado, e se levarmos em conta apenas a questão da argumentação, o voto vencido é que deveria valer, uma vez que somente ele produziu justificativas e argumentos convincentes para a tese ali defendida, sendo que o voto vencedor não se deu sequer ao trabalho de desenvolver um processo argumentativo em sua defesa.

Essa atuação, portanto, deve ser analisada com mais vagar e preocupação pela comunidade jurídica, já que o Supremo Tribunal Federal não está isento de fundamentar suas decisões

através de um procedimento argumentativo convincente, pois é exatamente tal procedimento que dá legitimidade a seus atos. Não fosse assim, se tornaria ele um Poder absoluto, o que vai de encontro à própria noção de Estado Democrático de Direito adotada por nossa Constituição.

6. CONCLUSÃO

Estamos passando por uma época de modificação dos paradigmas que estruturam o ordenamento jurídico, Nessa nova concepção o papel do Poder Judiciário mudou consideravelmente, lhe sendo reconhecido papel ativo na conformação da sociedade aos parâmetros normativos estabelecidos. Em outras palavras, não há mais espaço para um Judiciário passivo, que somente serve de aplicador daquilo que colocado pelo Poder Legislativo. Na verdade, diante da miríade de possibilidades de atuação existentes em sociedade, a lei deve ser vista como um parâmetro, cabendo juiz adaptá-la ao seu contexto histórico-espacial, fazendo com que seu papel criador seja valorizado.

Nesse diapasão, tem suma importância o papel conferido ao Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional. Uma vez que traz a Constituição os valores básicos que devem ser perseguidos pela sociedade como um todo, as decisões do STF acerca daquilo que com ela possui conformidade adquirem grande relevo. No entanto, para funcionar como Corte Constitucional, haverá de ser reconhecida a legitimidade do Supremo e esta legitimidade se encontra intimamente ligada à fundamentação de suas decisões. Assim, não é porque possui a última palavra quanto às decisões judiciais que o Supremo Tribunal Federal se encontra isento de fundamentar razoavelmente seus entendimentos. A Argumentação, portanto, possui um papel primordial nesta seara.

Aqui se procurou relacionar o papel da argumentação especificamente no que concerne à modulação dos efeitos das decisões de declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que, nelas, mais do que atuar como legislador negativo, o Supremo Tribunal Federal passa a ter um papel mais ativo na criação do direito, já que, ao fim e ao cabo determina a aplicação de uma lei, que sob outros aspectos não faz parte do ordenamento jurídico. Diante desse papel, portanto, procura-se estabelecer como a argumentação serve para legitimar tal atuação.

⁵⁰ Id. Ibid. p. 249.

Por fim, foram analisadas duas decisões de modulação dos efeitos, considerando a carga argumentativa de cada uma, para confrontá-las e verificar que, nem sempre, a tese vencedora possui argumentação suficiente para lhe presentear o cunho da legitimidade, o que deve, portanto, ser objeto de atenção pela comunidade jurídica, que deve procurar admoestar o Supremo Tribunal Federal a cumprir com responsabilidade seu papel de guardião da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERELMAN, Chaïm. Tratado da Argumentação: a nova retórica, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal, 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade, in O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e Interpretação Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2010.