



# Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas<sup>1</sup>

*Balancing of effects as a consequentialist frame of reference: a survey of its traditional and contemporary functions*

*La modulación de efectos de las decisiones judiciales como categoría consecuencialista: un ensayo sobre sus funciones tradicionales y contemporáneas*

**Georges Abboud<sup>2</sup>**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil) e

Instituto de Direito Público (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0353-2515>

E-mail: [georges05abboud@me.com](mailto:georges05abboud@me.com)

## Resumo

O presente artigo pretende delinear brevemente as funções do consequencialismo na teoria do direito contemporânea, bem como apresentar a modulação de efeitos como técnica tradicionalmente vocacionada à tutela dos direitos fundamentais e, contemporaneamente, à superação da dicotomia entre atos nulos e anuláveis e à estruturação de regimes jurídicos de transição.

## Palavras-chave

Consequencialismo; Modulação de efeitos; Regimes de transição; Direito constitucional; Teoria do direito.

## Sumário

1. Introdução. 2. Considerações gerais sobre o consequencialismo jurídico e sua contribuição para a contenção da crise provocada pela pandemia. 3. Modulação de efeitos como categoria consequencialista. 4. A superação da dicotomia “nulidade

<sup>1</sup> ABBoud, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 363-393, jul./dez. 2021.

<sup>2</sup> Mestre, doutor e livre docente em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de processo civil da PUC-SP e do programa de mestrado em direito constitucional do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP-DF). Advogado, parecerista e consultor jurídico. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6875491422396259>.

x anulabilidade”. 5. Função contemporânea da modulação de efeitos: o estabelecimento de regimes de transição. 6. Conclusão.

## Abstract

This article intends to briefly outline the functions of consequentialism in contemporary legal theory, as well as to present the balancing of effects as a technique traditionally aimed at protecting fundamental rights and, nowadays, aimed at overcoming the dichotomy between null and voidable acts and the structuring of transitional legal regimes.

## Keywords

Consequentialism; Balancing of effects; Transitional regimes; Constitutional law; Theory of law.

## Contents

1. Introduction. 2. General considerations on legal consequentialism and its contribution to containing the crisis caused by the pandemic. 3. Balancing of effects as a consequentialist frame of reference. 4. Overcoming the “nullity x voidability” dichotomy. 5. Contemporary function of balancing of effects: the establishment of transition regimes. 6. Conclusion.

## Resumen

Este artículo pretende esbozar brevemente las funciones del consecuencialismo en la teoría jurídica contemporánea, así como presentar la modulación de efectos como una técnica tradicionalmente orientada a proteger los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, a superar la dicotomía entre actos nulos y anulables y a la estructuración de regímenes de disposiciones legales transitorias.

## Palabras clave

Consecuencialismo; Modulación de efectos; Regímenes de transición; Derecho constitucional; Teoría del Derecho.

## Índice

1. Introducción. 2. Consideraciones generales sobre consecuencialismo legal y su contribución a la contención de la crisis provocada por la pandemia. 3. Efectos de la modulación como categoría consecuencialista. 4. La superación de la dicotomía “nulidad x anulabilidad”. 5. Función contemporánea de la modulación de efectos: el establecimiento de regímenes de transición. 6. Conclusión.

## 1. Introdução

O termo *consequencialismo* encontra-se, atualmente, envolto por uma espécie de “névoa semântica” que obscurece sua função no contexto de uma democrática teoria da decisão, em muito tributária de uma discussão oriunda da filosofia moral acerca da determinação do valor dos atos e das condutas humanas.

Afinal, o valor de um ato deve ser encontrado *no ato em si* ou nas *consequências* dele decorrentes? Poderia o juiz levar em consideração as consequências previsíveis de sua decisão como forma de calibrá-la e adequá-la de forma mais estreitada à Constituição Federal (CF)?

Devemos aqui seguir a valiosa advertência de G. K. Chesterton (1907): antes de se discutir algo, deve-se saber aquilo a respeito do qual *não* se discute. Em nosso contexto, antes de falarmos propriamente da importância do *consequencialismo* na teoria da decisão, devemos limpar o terreno a respeito daquilo que *não* queremos dizer quando utilizamos a referida expressão, que é a confusão entre a solução de problemas *morais* e *jurídicos*.

Quando se fala em consequencialismo, é provável que a primeira imagem que se insinue ao leitor é a da ética kantiana, que, em algumas formulações de seu imperativo categórico, determina a impossibilidade de instrumentalização de outrem (KANT, 2007, p. 67-68 e KANT, 2013, pp. 262 e ss)<sup>3</sup>, ou, ainda, que a ação do homem deve ser tal que possa ser universalizada. Mede-se, portanto, o valor do ato por si só, e não por suas consequências.

A ética kantiana se torna rapidamente, no senso comum, uma máxima da relação meio/fim aplicável também à solução dos problemas do direito, e o anticonsequencialismo é tido, imediatamente, como a forma mais correta de se decidir.

Aliás, conforme bem notou Max Weber, Kant se tornou “[...] uma das vozes mais influentes na defesa do ‘anticonsequencialismo’ da ética na Alemanha [...]” ao ditar a obrigação *absoluta* de dizer a verdade como dever do homem consigo

---

<sup>3</sup> Nas palavras de Kant (2007, p. 67-68), “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.”. Formulação semelhante é aquela encontrada em Kant (2013, p. 262 *et seq.*).

mesmo, ainda que possa resultar em prejuízo alheio (WEBER, 2014, p. 389-465; KANT, 2013, p. 241 *et seq.*)<sup>4</sup>

A ética kantiana nos diz algo como: “não pense nas consequências no momento de decidir, mas na desejabilidade da ação em si”. Conforme sua *lei fundamental da razão pura prática*: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal.” (KANT, 2016, p. 51).

O leitor, então, nos indagará: devemos nos desviar das lições de Kant? A nós é permitido, afinal, levar em conta as *consequências* da decisão no ato de decidir? Não deveria ser o juiz “inconsequente” em relação às consequências decorrentes da solução que o direito dá ao problema a ele apresentado? *Dura lex, sed lex* diz o jargão repetido à exaustão.

Contudo, nesses termos, estaríamos diante de um *falso* problema. Explicamos.

Diferentemente da maneira com a qual problemas morais são enfrentados (v.g. TUGENDHAT, 1993), o direito trata de questões cujo equacionamento depende da conjugação de uma série de elementos fáticos e normativos.

Jürgen Habermas nos diria que “[...] [a]s matérias que carecem de uma regulamentação jurídica são ao mesmo tempo mais restritas e mais abrangentes do que as questões relevantes em termos morais.” São mais restritas, porque somente o comportamento exterior (que possa ser coagido) pode ser objeto da regulamentação jurídica, e, ao mesmo tempo, mais abrangentes porque não se referem tão somente, como faz a moral, a conflitos interpessoais “[...] mas também ao cumprimento de programas e finalidades políticas.” (HABERMAS, 2018, p. 424).

É obvio que as observações acima dizem respeito ao fato de que o recurso ao *consequencialismo* deve ser feito de forma diversa nos âmbitos do direito e da moral, e não devem ser vistas como uma defesa da separação estrita entre ambos, até mesmo porque nossa inescapável postura teórica pós-positivista nos força a compreender que existem entre o direito e a moral relações mais complexas do

---

<sup>4</sup> WEBER (2014). As concepções éticas de Weber, por sua vez, não deixaram de ser também alvos de profundas discordâncias. Ver, por exemplo: STRAUSS (2019, p. 52-91).

que a separação postulada pelos positivismos legalista e normativista (ABBOUD, 2020, p. 168 *et seq.*).

É, aliás, com fundamento nessa mesma postura pós-positivista que reconhecemos não existir interpretação em abstrato do direito, que precisa de facticidade para se realizar. A decisão judicial (ato hermenêutico) é exarada *a partir* da conjugação entre direito e realidade, de modo que o consequencialismo, pode-se dizer, é quase que intrínseco à busca pela solução constitucionalmente mais adequada, diferentemente do que ocorreria caso concebêssemos a postura consequencialista desde um ponto de vista kantiano em que *ato* e *consequências* são dimensões que não se influenciam – ou ao menos não deveriam se influenciar – reciprocamente.

Colocado noutros termos, podemos dizer que, dentro do paradigma pós-positivista, a decisão judicial é sempre vista como um ato *interpretativo* e não silogístico, que parte sempre de um texto normativo em direção à norma concreta que é a decisão judicial. Conforme lição de Martin Heidegger (2005, p. 219), “[...] [d]as significações brotam palavras. As palavras, porém, não são coisas dotadas de significado”. O texto normativo não carrega em si um sentido unívoco pronto para ser desvelado pelo intérprete e cuja aplicação pode ser valorada moralmente, como se o que estivesse em questão fosse a “correção moral” desse tal sentido único.

Conforme ensina Bernd Rüthers (2018, p. 82), o texto é fundamental para a atividade interpretativa, ao mesmo tempo, não há interpretação que não seja o enriquecimento do ente interpretado. Toda compreensão de texto determina uma atividade produtiva, e não reprodutiva. O trabalho do jurista se aproxima dos filósofos e teóricos; e sua interpretação não é livre, deve levar em conta o teor literal do texto.

O consequencialismo, na dimensão prático-normativo ora defendida, pode ser sintetizado como a influência de toda a ordem de efeitos que serão desencadeados, pela decisão judicial, na atividade intelectual do julgador.

Não será despropositada a menção à celebre distinção feita por Max Weber (2014, p. 389-465) entre a “ética da convicção” (*Gesinnungsethik*) e a “ética da responsabilidade” (*Verantwortungsethik*). A primeira diz respeito à ética do cumprimento de um dever cuja convicção imponha como devido *per se*, ou, nas palavras de Eric Voegelin (2007, p. 32) a respeito dessa diferenciação, “[...] [a]

intenção moralizadora não justifica a imoralidade da ação [...]”, ao passo que a segunda “[...] diz que a pessoa tem de responder pelas consequências (previsíveis) de suas ações”.

Com essa menção, queremos apontar que o juiz deve levar em conta as consequências previsíveis de suas decisões, de modo a poder se perpetuar como um agente politicamente responsável pela concretização da Constituição Federal, e não como um agente voluntarista que vê na decisão judicial a oportunidade de levantar determinada bandeira.

É aqui, portanto, que Kant (2016) e Chesterton (1907) se encontram: não discutiremos o *consequencialismo* do ponto de vista ético-moral, mas, antes, suas potencialidades prático-normativas no âmbito de uma teoria da decisão democrática que pode se beneficiar da apreensão de realidade proporcionada pela análise das possíveis e prováveis consequências do ato decisório.

Analisar as consequências da decisão, no âmbito normativo, nada mais é do que uma vinculação do julgador não apenas à coerência de suas decisões passadas, mas também a assegurar a integridade em relação ao futuro, mediante teste de universalização, no qual verifica se essa decisão é replicável e extensível em causas futuras que demandem o mesmo tipo de provimento judicial.

## **2. Considerações gerais sobre o consequencialismo jurídico e sua contribuição para a contenção de crise provocada pela pandemia**

As considerações anteriores não nos eximem de analisar *como* o consequencialismo deve ser utilizado no âmbito judicial. Afinal, não raras vezes a tomada de consequências no ato de decidir é transformada em mero *eficientismo* – ao qual se deu o nome de *ativismo judicial puramente consequencialista* –, consistente na colonização do direito por um discurso economicista ou pretensamente *cientifista*, com pouco ou nenhum lastro empírico (ABBOUD, 2020, p. 1437 *et seq.*).

Nesse ponto, vêm a nosso socorro as lições de Neil MacCormick (2005, p. 101), para quem a justificação de decisões judiciais (ou decisões em geral) por suas consequências comporta duas posições extremadas: de um lado, temos os que creem nas consequências e nos ainda que remotos benefícios como a única justificativa possível para uma decisão. No polo oposto, aqueles que desqualificam

completamente as consequências como justificativas aptas a, isoladamente, embasar uma decisão, não importando quão iminentes elas sejam.

Ainda que MacCormick (2005, p. 102) rejeite ambos os polos da discussão e reconheça apenas algumas consequências como aptas a justificar decisões judiciais, ele tece uma observação absolutamente pertinente tanto aos limites do presente trabalho quanto ao primeiro polo da discussão: os partidários de um consequencialismo extremado têm, em geral, como pressuposta a existência de algum critério único e último que possa servir de régua para calcular a relação custo-benefício das consequências provenientes da decisão tomada.

Noutro giro, a expressão *consequencialismo* é por vezes utilizada dentro de um contexto ainda mais vago, aproximando-se daquilo que já se denominou *ativismo performático*. Nessa modalidade, o Judiciário emprega conceitos vagos e indeterminados do ponto de vista semântico, como pretexto e justificativa para suplantam regras legais e constitucionais (ABBOUD, 2020, p. 1410 *et seq.*).

De acordo com John L. Austin (1975, p. 4 *et seq.*), tais enunciados são despidos de qualquer sentido e, por isso mesmo, não podemos submetê-los a testes de veracidade ou validade. São as ditas expressões performáticas ou enunciados performativos.

Quando usado dessa forma, o consequencialismo é um corpo sem alma. Não se sabe exatamente quais consequências vislumbradas, as razões pelas quais se entende que poderiam ocorrer ou, ainda, qual sua relevância dentro da fundamentação. Serve tão somente de *topos*.

Recusamo-nos, contudo, a admitir que o consequencialismo não exerça uma *outra* função dentro da argumentação jurídica que seja efetivamente comprometida com a melhor resposta à luz da Constituição Federal (ABBOUD, 2019a).

De nossa parte, entendemos por consequências os efeitos reais que advêm da decisão judicial<sup>5</sup>, sejam eles efeitos materiais ou processuais. Vale dizer: as consequências orientam o magistrado para que decida em um ou noutro sentido.

---

<sup>5</sup> Classificação inspirada, em parte, por Klaus Mathis, que, em artigo dedicado ao assunto, distingue as consequências legais das consequências reais, subdivididas em consequências de nível micro, quando afetam somente as partes diretamente envolvidas pelo julgamento, e em consequências de nível macro, quando são consideradas as consequências daquele julgamento para a sociedade como um todo. Cf. MATHIS, 2012,

Vale ressaltar, neste ponto, que a decisão norteada pelas consequências fáticas pode, por vezes, produzir um outro tipo de consequência jurídica, não necessariamente pretendida pelo aplicador, mas conseqüente à decisão tomada.

Chamaremos esse tipo de efeito colateral de *consequência normativa*. Assim, consequência normativa é o real efeito, no plano da norma, que determinada decisão produz na aplicação de um dispositivo, seja ele constitucional ou infra-constitucional, como ocorre nos casos em que, ao proferir decisão visando a um fim específico, o juiz nega vigência ao dispositivo interpretado.

Devemos ainda mencionar que o mais importante limite ao consequencialismo é o de que ele não pode, em hipótese alguma, transformar o ilícito em lícito, tampouco o inconstitucional em constitucional.

Ressaltamos nosso entendimento de que o consequencialismo não deve ser compreendido como uma abertura à discricionariedade judicial, mas, antes, como uma possibilidade de utilização da facticidade para reduzir ao máximo qualquer margem de liberdade, de cariz voluntarista, que o julgador imagine ter.

Defendemos uma aplicação conjunta do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC) como forma de aproximar o julgador dos fatos do caso concreto e, desse modo, afastá-lo de qualquer margem de discricionariedade que se poderia imaginar existir.

Aliás, o art. 20 da LINDB nos parece expresso nesse sentido.<sup>6</sup> No paradigma que defendemos, é ínsito à democracia constitucional que questões jurídicas não sejam solucionadas por parâmetros discricionários, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa. E esse ponto de vista é altamente fortalecido com o parágrafo único do art. 20, que impõe como dever de motivar a necessidade de evidenciar as razões pelas quais a solução decisória proferida é juridicamente superior às demais que se apresentavam.

---

<sup>6</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.



Obviamente, não se trata de impor ao órgão julgador a necessidade de analisar todas as soluções possíveis a uma controvérsia jurídica, em tese, mas tão somente as soluções apresentadas pelas partes e por eventual terceira via surgida a partir das matérias de ordem pública efetivamente discutidas pelas partes.

Além disso, a criteriologia da LINDB impõe ao julgador a obrigação de submeter sua decisão a teste de universalização funcional. Ou seja, a solução alcançada em sua fundamentação deve responder a três perguntas: a) a solução por ela alcançada é replicável em casos análogos do ponto de vista normativo? b) ainda que seja replicável, a solução alcançada continua sendo constitucionalmente adequada, em face das consequências administrativas e judiciais a serem criadas? e c) a decisão exarada pode gerar desregulamentação de algum setor ou produzir efeitos colaterais inconstitucionais?

Essa visão, vale dizer, prestigia a facticidade ínsita à realização do direito mediante aquilo que denominamos uma *hermenêutica integrativa* ou “arquétipo normativo da decisão” (ABBOUD, 2021, p. 477-497).

A hermenêutica integrativa cumpre essencialmente o papel de reunir e interpretar, da maneira constitucionalmente mais adequada, os elementos dispersos pelo ordenamento jurídico brasileiro que permitam uma melhor calibragem da atuação decisória, partindo de um bloco de legalidade que consideramos essencial, composto pelo art. 489, § 1º, do CPC e pelos arts. 20 e 30 da LINDB (ABBOUD, 2020, p. 361 *et seq.*).

Tal formulação pretende dar operacionalidade, principalmente, ao consequencialismo, uma vez que, se defendemos os benefícios democráticos de uma aproximação maior entre o juiz e os fatos do caso concreto, e uma consideração das consequências no ato de decidir, precisamos nos utilizar dos mecanismos oferecidos pelo sistema para avaliar como ocorrerá essa aproximação e como ela será justificada, na forma da motivação.

Nesse ponto, fundamental ressaltar que consequências não podem ser lidas como *probabilidades remotas e eventuais*. Toda consequência a ser considerada no processo deve ter alguma espécie de lastro probatório, seja documental ou pericial.

Tratando especificamente do tema, Neil MacCormick (2006, p. 168-171) ilustra como os argumentos consequencialistas estão presentes em decisões de tribunais do Reino Unido, que veem na chamada *questão política* um alibi que lhes

permite evitar proferir decisões que adentrem na seara da influência política e, portanto, de competência do Parlamento e da Coroa.

Para MacCormick (2006, p. 171), o processo de avaliação das consequências depende muito de seu meticuloso exame à luz daqueles que são considerados os princípios constitucionais fundamentais.

Com isso, o autor pretende que a atuação dos tribunais seja pautada pela interpretação que fazem de suas atribuições na Constituição e de como essa atuação pode ser desempenhada para melhor se adequar aos princípios constitucionais fundamentais.

Conforme o próprio MacCormick (2006, p. 169) explicita, toda a argumentação dos tribunais se desenvolve na tentativa de se extrair como consectários daquela postura decisória os respectivos princípios constitucionais.

Ao fim e ao cabo, o que pretende o jurista escocês é demonstrar que um tribunal adota determinada postura por entender que ela é a que melhor desempenha sua função dentro daquele modelo constitucional, partindo de uma interpretação dessas funções que é feita pelo próprio órgão julgador.

A aproximação com os fatos proporcionada pelo consequencialismo tem sido usada de forma eficiente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no contexto da pandemia da Covid-19, exarando decisões que vêm conferindo maiores condições de governabilidade. Ou seja, a compreensão adequada do consequencialismo é uma forma de possibilitar à decisão judicial maior absorção para tratamento da complexidade; e, conseqüentemente, a jurisdição constitucional fica mais bem estruturada para o enfrentamento de contexto de crise.

Vejamos, por exemplo, que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.357,<sup>7</sup> proposta pela Advocacia-Geral da União (AGU) em nome da Presidência da República, é um ótimo exemplo de (re)leitura da legalidade existente em momentos de crise.

Lá, o pedido da AGU era o de conferir interpretação conforme à Constituição – em nossa visão, teria sido mais técnico qualificar o pedido

---

<sup>7</sup> STF, ADI 6357 MC-Ref, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13 maio 2020.

como declaração de nulidade parcial sem redução de texto – aos arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como às disposições do art. 114, *caput, in fine*, e do § 14 da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020, com o propósito de afastar a adequação orçamentária exigida nos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, no tocante à exigência de medidas de compensação quanto às políticas públicas destinadas aos programas de prevenção da disseminação do coronavírus e de proteção da população vulnerável atingida pela pandemia.

Trata-se não só de uma criativa releitura do material normativo já existente, como uma possibilidade de diálogo entre o Executivo e o Legislativo. Eventualmente essa discussão judicial acabou sendo esvaziada pelo advento da chamada *PEC do Orçamento de Guerra* (PEC 10/2020), cujo objetivo era impedir que os gastos emergenciais para enfrentamento do estado de calamidade pública fossem agregados ao Orçamento da União, evitando-se, assim, qualquer irresponsabilidade fiscal.

Outro exemplo recente representativo da atuação do STF na pandemia foi um desdobramento ocorrido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 568,<sup>8</sup> no bojo da qual se impugnava acordo de assunção de compromissos firmado entre a Petrobras e o Ministério Público Federal, com a finalidade de cumprir obrigações assumidas pela empresa perante autoridades públicas dos Estados Unidos, destacando a destinação de US\$ 682.560.000,00 para autoridades brasileiras.

O fundamento essencial foi a incompetência do juízo de Curitiba para homologar o acordo, de modo que o valor teria, agora, de ter nova destinação, uma vez que aquela prevista pelo AAC não poderia ser cumprida.

Optou-se por uma saída dialogada, na qual a Procuradora-Geral da República (proponente da ADPF) e o Presidente da Câmara dos Deputados, com a União (representada pelo AGU) e a interveniência do Presidente do Senado Federal e do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, acordaram pela destinação do valor total de R\$ 2,6 bilhão em: R\$ 1,6 bilhão à educação e R\$ 1 bilhão para a proteção ao meio ambiente (Estados da Amazônia Legal).

---

<sup>8</sup> STF, ADPF 568, Decisão Monocrática, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 22 mar. 2020.

Contudo, a superveniência da crise provocada pela pandemia de Covid-19 acabou por alterar a destinação de tais valores. A repactuação, vale mencionar, permaneceu integralmente dialogada.

Em decisão de 22/3/2020, o relator, Ministro Alexandre de Moraes, homologou o pedido da Procuradoria-Geral da República, com a anuência de todas as autoridades intervenientes na pactuação original, de ajuste no *Acordo sobre Destinação de Valores* permitindo a destinação do expressivo valor de R\$ 1.601.941.554,97 ao Ministério da Saúde para custeio de medidas de combate, mitigação e prevenção à crise gerada pelo coronavírus.

Na mesma linha, o Estado do Acre ingressou com pedido de ajuste no Acordo para que pudesse destinar o valor de R\$ 32.731.487,36 para ações de combate à pandemia de Covid-19. Em 7/4/2020, o pedido foi igualmente atendido, com a anuência de todas as autoridades competentes.

Vale mencionar que a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) já havia formulado anteriormente pedido de realocação dos recursos financeiros objeto do Acordo homologado na ADPF em questão para o enfrentamento da pandemia. Em 20/3/2020, o relator, de forma acertada, entendeu que não poderia analisar a questão sem um requerimento conjunto de todos os signatários do Acordo original, prestigiando, portanto, o diálogo entre as autoridades, o que confere legitimidade constitucional ao acordo e seus sucessivos ajustes.

O que é importante destacar é como a saída dialogada em controle abstrato de constitucionalidade proporcionou uma saída legítima, eficaz e rápida ao feito, sendo essa última característica ainda mais acentuada pelos ajustes seguintes, uma vez que crises, mormente de saúde pública, reclamam soluções rápidas e efetivas, e o STF se mostrou mais uma vez um agente responsável.

O STF, portanto, não deixou de se mostrar atento ao fato de que a pandemia impõe uma interpretação do ordenamento jurídico à luz de uma realidade incomum, na qual a tutela dos direitos fundamentais é ainda mais urgente. O Tribunal vem prestando excelente serviço no que diz respeito à preservação da ordem jurídica que, em momentos de crise, corre permanentemente o risco de esfacelamento.

Na sequência, abordaremos o consequentialismo guiado por uma hermenêutica integrativa como a chave de leitura da modulação de efeitos que, como veremos no tópico seguinte, a própria modulação configura como categoria intrinsecamente consequentialista.

### 3. Modulação de efeitos como categoria consequencialista

O *consequencialismo* não é, de forma alguma, desconhecido do direito positivo brasileiro. Desde 1999, com a Lei 9.868/1999 (LADIn) e a Lei 9.882/1999 (LADPF), instituiu-se expressamente entre nós a técnica da *modulação de efeitos*, categoria consequencialista cuja natureza jurídica é a de sentença limitativa.

Nada obstante o art. 27 da LADIn e o art. 11 da LADPF tenham explicitado ser viável à Corte Constitucional modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o dever-poder de restringir a eficácia da sentença que “nadifica” lei ou ato normativo é decorrente do próprio Estado de Direito, que só se sustenta enquanto preservar *segurança jurídica*, ainda que ao arrepio dos interesses do próprio Poder Público.

A segurança jurídica impõe a garantia da certeza da ordem jurídica, que deve se manter estável, coerente e isonômica (MORAIS, 2005, p. 284). É inerente à noção de Estado de Direito a estabilidade *ex post* – para que as decisões dos Poderes Públicos não possam ser alteradas arbitrariamente – e a previsibilidade *ex ante* – para que os efeitos jurídicos dos atos normativos sejam certos e, por conseguinte, calculáveis – (CANOTILHO, 2000, p. 263), sem o que o ordenamento se esfalçaria.

Daí dizer que, muito embora o texto constitucional não a preveja, a modulação de efeitos, porquanto constitui mecanismo assecuratório da segurança jurídica, decorre da aplicação sistemática da Constituição Federal (MARTINS; MENDES, 2009, p. 558).

Dessa forma, ainda que diplomas posteriores à LADIn e LADPF tenham expandido a lógica da modulação de efeitos para além do controle de constitucionalidade de modo a alcançar a jurisprudência em geral (v.g. art. 927, § 3º, do CPC e arts. 23 e 24 da LINDB), em rigor tais regras sequer seriam necessárias, já que a tutela da confiança legítima é postulada constitucional, consecutória diretamente do devido processo legal e da segurança jurídica.

A segurança jurídica é, ao mesmo tempo, direito fundamental oponível *erga omnes* e pedra de toque do Estado Democrático de Direito. A sua especial natureza acarreta consequências de suma importância, a que nos dedicaremos nos parágrafos subsequentes.

Com efeito, reconhece-se à segurança jurídica *status* de conquista histórica que, ao lado dos demais direitos fundamentais, consubstancia alicerce funcional da democracia, representando, para o indivíduo, meio de proteção de seus bens jurídicos privados e, para a coletividade, componente principal da ordem pública (HÄBERLE, 2003, p. 23-24).

Na sua condição de direito fundamental, a segurança jurídica é oponível tanto ao Poder Público quanto às maiorias eventuais que, porventura, ameacem mitigá-la ou aboli-la (DWORKIN, 2010, p. 294). Daí dizer que tem duplo âmbito de vinculação (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 334-335).

A bem da verdade, direitos fundamentais condensam em si tanto interesses públicos quanto privados.

Portanto, não é a proteção do interesse público que reclama ou obsta a modulação de efeitos. Muito pelo contrário: a modulação, cujo objetivo primeiro é a garantia da segurança jurídica, deve ocorrer *até mesmo contra* os interesses do Poder Público.

À luz do regime jurídico instituído pelos diplomas legais que se pretende declarar inconstitucionais, uma série de situações jurídicas se formou e se consolidou. Fosse o caso de prolatar decisão declaratória de rechaço dotada dos efeitos clássicos (*i.e.*, efeitos retroativos), formar-se-ia, ainda que indireta e não intencionalmente, quadro mais grave de inconstitucionalidade, dado que o pronunciamento judicial, a reboque da obliteração das leis, nadificaria aquelas situações que, sob a sua regência, consolidaram-se.

Para evitar tais consequências é que a Constituição Portuguesa de 1976 determina que o Tribunal Constitucional fixe os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, preservando, em nome da segurança jurídica, as relações jurídicas pretéritas.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> **Const. port. 282** – “1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

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

(...)

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.º 1 e 2.” (PORTUGAL, [2005])

A definitiva consolidação de situações, atos, relações e negócios realizados sob a regência do ato normativo declarado inconstitucional age como limitador à retroatividade da decisão de rechaço:

Se as questões de facto ou de direito reguladas pela norma julgada inconstitucional se encontram definitivamente encerradas porque sobre elas incidiu caso julgado judicial, porque se perdeu um direito por prescrição ou caducidade, porque o acto se tornou inimpugnável, porque a relação se extinguiu com o cumprimento da obrigação, então a dedução de inconstitucionalidade, com a consequente nulidade *ipso iure*, não perturba, através da sua eficácia retroactiva, esta gama de situações ou relações consolidadas (CANOTILHO, 2000, p. 1073).

No Brasil, o STF, desde antes da promulgação da Constituição vigente, admitia o emprego da técnica de modulação de efeitos para preservar as relações formadas entre o particular e o Poder Público sob a égide da lei ainda não declarada inconstitucional. A esse respeito, o Ministro Leitão de Abreu, relator do Recurso Extraordinário (RE) 79343/BA, determinou que:

[...] a tutela da boa-fé exige que determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure (...) até que ponto a retroatividade da decisão que decreta a inconstitucionalidade [o] pode atingir.<sup>10</sup>

O trecho da fundamentação de que lançou mão o Ministro faz alusão a outro instituto que, complementarmente à segurança jurídica, é sustentáculo para o emprego da técnica da modulação de feitos em controle de constitucionalidade: a boa-fé.

Decerto, a boa-fé objetiva fundamenta a modulação de efeitos, na medida em que reclama proteção dos atos praticados no passado sob a chancela do Estado, que os reconheceu como válidos e eficazes e que, portanto, não poderá desfazê-los, nem mesmo mediante decisão de inconstitucionalidade (NERY JÚNIOR,

<sup>10</sup> STF, RE 79343, 2.ª Turma, Rel. Min. Leitão de Abreu, j. 31 maio 1977.

2008, p. 87). A boa-fé, vale dizer, é também direito fundamental, positivado no art. 5º, XXXVI, da CF.

A esse respeito, Nelson Nery Júnior (2008, p. 87), em abordagem pertinente da questão, considera que a *segurança jurídica* impõe ao Poder Público o dever inexorável de, do ponto de vista prático, agir conforme à *boa-fé*, sendo-lhe vedado impor, com espeque na modificação futura de seu entendimento (alteração jurisprudencial), sanções ou desvantagens aos particulares por situações consolidadas no passado.

Tanto o Judiciário quanto a Administração Pública desempenham função referencial aos cidadãos. O modo como ambos se portam diante dos atos normativos editados pelo Parlamento contribui para que o jurisdicionado identifique e confirme as “regras do jogo” (DANTAS, 2016).

Concernente à tutela da confiança legítima depositada na Administração Pública, o STF já se posicionou:

ATO ADMINISTRATIVO. SEU TARDIO DESFAZIMENTO, JÁ CRIADA SITUAÇÃO DE FATO E DE DIREITO, QUE O TEMPO CONSOLIDOU. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL A ACONSELHAR A INALTERABILIDADE DA SITUAÇÃO DECORRENTE DO DEFERIMENTO DA LIMINAR, DAÍ A PARTICIPAÇÃO NO CONCURSO PÚBLICO, COM APROVAÇÃO, POSSE E EXERCÍCIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

Entende-se por tutela da confiança a proteção estendida às expectativas do jurisdicionado, que acredita que os atos do Poder Público têm certo grau de estabilidade. É preciso sempre recordar que o ato administrativo e a lei que lhe serve de sustentáculo direto nascem com presunção de validade constitucional. Não há, *a priori*, razão para que o particular não forje vínculos e desenvolva relações com base na lei e no ato administrativo em questão.

É preciso que o particular possa confiar que, cumpridos os deveres que se impunham, estarão assegurados os direitos decorrentes da relação travada com a Administração Pública. Dita confiabilidade somente é possível quando preservado o vínculo em questão, ainda que a lei que um dia o fundamentou seja objeto de declaração de inconstitucionalidade.



Não se pode perder de vista que ações de controle concentrado não se sujeitam a prazo prescricional ou decadencial. Dessarte, qualquer lei que hodiernamente goza de presunção de constitucionalidade pode, no futuro, se assujeitar a um processo de *nadificação*.

Se, sempre que isto ocorrer, os atos de aplicação dessa norma e as relações que sob a sua égide se consolidaram forem perturbados, esfacelada estará a segurança jurídica, que é o alicerce funcional da democracia contemporânea. Levada a tese da retroatividade às últimas consequências, para poder se fiar num ato parlamentar, o jurisdicionado teria de aguardar que, em sede de ação direta, o STF se pronunciasse quanto à sua constitucionalidade, o que é absolutamente impraticável.

Ao fim, a modulação de efeitos é o mecanismo imprescindível para garantir direitos fundamentais sempre que os efeitos *ex tunc* de uma decisão de inconstitucionalidade possam lesionar interesses ou direitos dos jurisdicionados que, seja por força do binômio estabilidade-previsibilidade decorrente da segurança jurídica, seja pela proteção da confiança nos atos do Poder Público decorrente da boa-fé, nutriram a legítima expectativa de que permaneceriam incólumes às relações desenvolvidas quando da vigência da lei *nadificada* (ABBOUD, 2019b, p. 739), mesmo porque, à época, os vínculos se forjaram sob o manto de um ato normativo presumidamente constitucional.

Se é instrumento para a proteção de direitos fundamentais, evidentemente que a modulação, ao contrário do que parte da doutrina sustenta (v.g. CASTRO, 2001, p. 39-40; GERA, 2007, p. 135), não é uma mera possibilidade discricionária, mas um dever que se impõe ao Tribunal Constitucional.

Não há que se falar em escolha por parte da Corte: ou o direito fundamental está em risco, e a modulação é medida obrigatória, ou perigo nenhum o ameaça, e a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade estará vedada.

Em suma, diante das considerações anteriores, a modulação de efeitos é categoria inescapavelmente consequencialista, já que, ao preservar certos atos da nulificação decorrente da declaração de inconstitucionalidade com todos os seus rigores ou, ainda, de determinada viragem de jurisprudência, está a mirar como a realidade se impõe na decisão; noutras palavras, se e como se devem modular os efeitos da decisão judicial.

#### 4. A superação da dicotomia “nulidade x anulabilidade”

O direito brasileiro, influenciado que foi pelo constitucionalismo norte-americano, adota o chamado “dogma da nulidade”, segundo o qual o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei acarretaria sua nulidade, com eficácia *ex tunc* e atingindo sua eficácia desde o nascedouro.

Um trecho da decisão exarada no bojo do célebre caso *Norton v. Shelby County* julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1886 (118 U.S. 425) (UNITED STATES, 1886) sintetiza a extensão do dogma com clareza: “um ato inconstitucional não é uma lei: não confere direitos, não impõe deveres, não oferece proteção, não oficia. Do ponto de vista do direito, é tão inoperante como se nunca tivesse sido aprovado”.<sup>11</sup>

Contudo, a dicotomia entre nulidade (*common law* – efeito *ex tunc*) e anulabilidade (Kelsen – efeito *ex nunc*) deve ser abandonada por ser insuficiente para explicar e embasar os diversos pronunciamentos possíveis atualmente no controle de constitucionalidade. Independentemente da consideração acerca da nulidade ou anulabilidade da norma, é o exame da eficácia da lei que mais interessa.

Em vez de averiguar se a nulidade em razão da inconstitucionalidade é *ab initio*, porque geralmente o será, o que é efetivamente relevante é o modo pelo qual a sentença constitucional declarará a inconstitucionalidade do enunciado legislativo, determinando, assim, sua ineficácia. Com razão, Carmen Blasco Soto (1995, p. 90) ensina que é a sentença constitucional que conecta invalidez com ineficácia.

Assim sendo, se declarada a inconstitucionalidade, ainda que a lei possa ser considerada nula (plano da validade) *ab initio*, os efeitos da ineficácia dessa lei são consequência processual plasmada na sentença constitucional (BLASCO SOTO, 1995, p. 91). Em outros termos, é a sentença constitucional que realizará o elo entre a inconstitucionalidade (nulidade) e a eficácia da lei.

A fixação dos efeitos temporais da lei considerada inconstitucional será delimitada pela sentença constitucional. Destarte, ainda que a nulidade seja o

---

<sup>11</sup> No original: “An unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is in legal contemplation as inoperative as though it had never been passed”. (Tradução nossa)

resultado da declaração da inconstitucionalidade, ela não pode ser o critério lógico para estabelecer a eficácia cronológica da sentença (BLASCO SOTO, 1995, p. 92).

Atualmente, na prática, é a própria decisão de inconstitucionalidade que determina o instante em que os efeitos oriundos da declaração de inconstitucionalidade terão seu início. Afirmamos “na prática” porque nosso sistema jurídico, antes da própria decisão do STF, estabelece regras sobre a eficácia da decisão.

A eficácia-regra é a retroativa; excepcionalmente, quando autorizado por lei (v.g. art. 27 da LADIn e art. 11 da LADPF), essa eficácia-regra pode ser mitigada (modulação de efeitos), mediante fundamentação explícita e exaustiva e conforme os pressupostos legais. Se a decisão nada disser, prevalece a eficácia retroativa, que, conforme sustentamos, é a regra posta pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, o fato de o STF não se pronunciar sobre a modulação não significa imediata aplicação da regra legal da retroatividade. Isso porque consideramos a decisão sobre a modulação de efeitos parte da decisão de inconstitucionalidade como um todo. Por conseguinte, inexistente discricionariedade acerca da modulação. Sendo assim, a não manifestação por parte do STF sobre a modulação pode caracterizar omissão do julgado a ser esclarecida e complementada mediante oposição de embargos de declaração.

Vejamos como a questão da nulidade x anulabilidade se projeta no campo do direito administrativo em relação aos *atos administrativos*.

A doutrina administrativista tradicional, com inspiração no arquétipo projetado para o direito privado, costuma diferenciar os defeitos do ato administrativo em nulidade e anulabilidade. A esse respeito, necessário observar que a transposição da teoria das nulidades do direito privado para o direito administrativo gerou profunda polêmica na doutrina (DI PIETRO, 2019, p. 274), que, de modo geral, partiu-se em duas correntes: (i) a teoria monista; e (ii) a teoria dualista (CARVALHO FILHO, 2019, p. 160).

A teoria monista considera que é inaplicável ao direito administrativo a dicotomia das invalidades: ou o ato é nulo ou é válido, alijada a categoria da anulabilidade (CARVALHO FILHO, 2019, p. 164).

Por outro lado, a teoria dualista reconhece a possibilidade de o ato administrativo ser nulo ou anulável, a depender da gravidade do vício que o acomete.

Por conseguinte, para os adeptos da teoria dualista, “[...] é possível que o Direito Administrativo conviva com os efeitos não só da nulidade como também da anulabilidade, inclusive, neste último caso, com o efeito da convalidação de atos defeituosos.” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 160).

Não é nosso objetivo adentrar nas minúcias acerca da polêmica existente entre monistas e dualistas. Parece-nos, em verdade, que, sob o paradigma normativo vigente, discussão dessa natureza perdeu a funcionalidade.

Veja-se que a principal diferenciação entre atos nulos e anuláveis – para quem advoga em favor da bipartição – é a possibilidade de os últimos se sujeitarem à convalidação. Convalidação é, pois, “[...] o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado.” (DI PIETRO, 2019, p. 281).

O sentido da convalidação é viabilizar a produção de efeitos pelo ato ilegal. Diante da consagração da modulação de efeitos na esfera constitucional, comum e administrativa, impõe-se a compreensão de uma releitura da classificação legal dos vícios referentes aos atos jurídicos.

Ou seja, a dicotomia entre nulidade e anulabilidade perde cada vez mais relevância prática, na medida em que o caso concreto é que vai determinar como a modulação de efeitos incidirá no plano da existência, validade e eficácia dos atos que busca desconstituir. Mais precisamente, ninguém objeta que o vício da inconstitucionalidade é o vício de maior grandeza.

Contudo, atualmente, perde sentido a diferenciação se a inconstitucionalidade produziria nulidade ou anulabilidade, na medida em que haverá a decisão sobre a modulação de efeitos para precisar se os seus efeitos deverão retroagir de forma a desconstituir, deseficiar ou somente preservar atos anteriores.

Nessa perspectiva, perde sentido, em grande parte, a diferenciação do vício entre nulidade ou anulabilidade no que se refere à dimensão dos seus efeitos em todos os níveis legislativos inconstitucional e legal.

Ou seja, se diferenciar nulidade e anulabilidade pode ter ainda alguma utilidade referente à prescrição ou à necessidade de requerimento da parte para suscitação do vício, fato é que, em relação aos seus efeitos, tanto nulidade quanto anulabilidade se confundem, uma vez que a segurança jurídica, a boa-fé objetiva

e a proteção da confiança impõem a observância da necessidade de modulação de efeitos no caso concreto perante qualquer decisão jurídica reconhecedora de vício.

Portanto, contemporaneamente, a compreensão da nulidade e anulabilidade não deve partir mais de um pressuposto legal e estático, que não consegue apreender a complexidade dos efeitos atuais na preservação das legítimas expectativas das partes.

Assim, os vícios referentes aos atos judiciais devem ser compreendidos na dinâmica do constitucionalismo contemporâneo, de modo que, toda vez que houver o reconhecimento do vício na decisão, os seus efeitos no plano da existência, validade e eficácia dos atos pretéritos deverão ser objetos de nova deliberação. Ou seja, a natureza legislativa do vício como nulidade ou anulabilidade, atualmente, não autoriza a incidência retroativa e automática dos seus atos.

Trata-se de mudança introduzida pelo constitucionalismo na lógica dos vícios do direito privado e administrativo, de modo a assegurar a absorção judicial de complexidade temporal nas relações privadas para a proteção de direitos fundamentais e da segurança jurídica.

Em termos práticos, o dever-poder de modulação de efeitos da decisão que cassa o ato permite que, para o resguardo da segurança jurídica e da boa-fé, seja preservada a eficácia do agir administrativo contrário à lei, não importando a gravidade do vício que o aflija. A bem da verdade, a modulação, quando preserva todos ou alguns efeitos do ato, equipara-se à convalidação, ainda que parcial. Portanto, a cisão entre nulidade e anulabilidade perde o sentido prático que poderia ter tido.

## **5. Função contemporânea da modulação de efeitos: o estabelecimento de regimes de transição**

As considerações feitas até aqui nos levam ao reconhecimento de que a modulação de efeitos exerce, nos dias de hoje, uma função que vai além da demarcação temporal da eficácia de certos dispositivos normativos declarados inconstitucionais. Trata-se da possibilidade do estabelecimento de regimes de transição.

Tratando especificamente do art. 23 da LINDB, Antonio do Passo Cabral (2021, p. 136) faz importante estudo acerca das relações entre direito e tempo para estabelecer um corte epistemológico suficientemente claro de que sua investigação atua em duas frentes: por um lado, tem-se o que o Autor denomina *tempo no antecedente* – “pressupostos para a formação do ato jurídico estável” – de outro, *tempo no consequente*, no sentido “dos efeitos por ele produzidos”. O primeiro desdobra-se ainda em dois planos analíticos: os tempos de *referência* e *vigência*.<sup>12</sup>

Um dos grandes méritos do trabalho mencionado é justamente compreender e sistematizar o impacto intrinsecamente *dinâmico* que o tempo exerce nas relações jurídicas, ressaltando que superveniências ocorrem de diversos modos e em diversos momentos. Dialogando com Cabral (2021), e nos limites do presente artigo, entendemos que será *consequencialista*, no melhor sentido atribuível à palavra, a decisão que considerar a dinâmica específica do tempo no caso *sub iudice*, analisando *o que* mudou, *como* e *por que* a alteração impõe a modulação de efeitos ou até mesmo um regime de transição.

Regimes de transição são importantes não só para a garantia de segurança jurídica, como também da preservação dos direitos fundamentais em jogo como decorrência de relações e situações jurídicas que se consolidaram no tempo. Nesse sentido, a técnica da modulação de efeitos é a ferramenta por excelência para o estabelecimento de regimes de transição.

Mais especificamente, nos arts. 23 e 24 da LINDB, possibilita-se a criação de regras de transição e utilização da modulação de efeitos para preservar direitos e assegurar o menor dano possível à ideia de previsibilidade. No sistema atual de direito positivo, a decisão judicial determinará a eficácia cronológica do instante em que o ato administrativo sindicado perderá sua eficácia. A decisão judicial, mediante exaustiva fundamentação, realizará o elo entre a desconstituição do ato e a cessação de sua eficácia. Nesse contexto, três cenários podem ser vislumbrados: (i) o Judiciário cassa o ato administrativo e determina que a Administração profira outro, agora constitucionalmente adequado; (ii) o Judiciário, além de cassar o ato administrativo, profere decisão substitutiva, mediante decisão constitucionalmente obrigatória para assegurar a proteção de

---

<sup>12</sup> “Quando pensamos no tempo no antecedente, podemos desdobrar a análise em duas perspectivas. De um lado, pode-se falar em tempo de referência, que diz respeito à delimitação temporal dos fatos considerados na decisão (...) O segundo aspecto do tempo no antecedente, ao lado do tempo de referência, é o tempo de vigência. O tempo de vigência é o período previsto para incidência da norma da decisão, precisando em qual intervalo temporal esta poderá ser aplicada.” (CABRAL, 2021, p. 137). Sobre o assunto, ver também Mitidiero (2021).

direitos fundamentais com base no regime de transição, nos termos do art. 23 da LINDB ; (iii) o Judiciário sindicou o ato administrativo, contudo promove a modulação dos efeitos de sua decisão, nas mesmas premissas em que faria o controle de constitucionalidade das leis.

O Supremo Tribunal Federal tem dispensado cada vez mais atenção a essa função da modulação de efeitos. Vejamos o exemplo do RE 1.221.446, com repercussão geral da matéria reconhecida pelo STF em 7/8/2020.<sup>13</sup> O recurso tratou de enfrentar, desde a perspectiva constitucional, a possibilidade de extensão do chamado “auxílio-acompanhante” – acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria previsto pelo art. 45 da Lei 8.213/1991 exclusivamente aos aposentados por invalidez que necessitem de assistência permanente de outra pessoa – a todas as demais modalidades de aposentadorias do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Recuando um pouco, devemos mencionar que, em 22/8/2018, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou o Recurso Especial (REsp) repetitivo 1.720.805-RJ (Tema 982), no bojo do qual entendeu pela possibilidade de extensão do mencionado auxílio aos demais regimes previdenciários, a partir da fixação da seguinte tese:

Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.<sup>14</sup>

Contra essa decisão (vinculante) do STJ é que se voltou o RE 1.221.446 (Tema RG 1.095), no bojo do qual, em 18/6/2021, a maioria do STF – em plenário virtual – entendeu pela necessidade de revisão do entendimento que prevaleceu no STJ, fixando a seguinte tese:

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias,

<sup>13</sup> STF, RE 1221446 RG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 7 ago. 2020.

<sup>14</sup> STJ, REsp 1720805, 1ª Seção, Rel. Min. Assusete Magalhães, Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, j. 22 ago. 2018.

não havendo, por ora, previsão de extensão do auxílio da grande invalidez a todas as espécies de aposentadoria.<sup>15</sup>

O que nos interessa particularmente nesse julgado, contudo, é o fato de que a maioria acompanhou a proposta de modulação dos efeitos da tese, de modo a: (i) manter o adicional ao beneficiário que o tivesse obtido por meio de decisão judicial transitada em julgado; e (ii) interromper o pagamento dos adicionais recebidos de boa-fé por beneficiários em virtude de decisão judicial ou administrativa ainda não transitada em julgado, sem, contudo, impor a necessidade de que os valores já pagos sejam restituídos.

Pode-se, ainda, inferir uma terceira consequência dessa decisão que analiticamente contribui para a formação desse verdadeiro regime de transição: a partir da conjugação dos itens (i) e (ii) anteriores, vê-se que, implicitamente, o STF determinou também (iii) a interrupção do pagamento de adicionais recebidos de má-fé por beneficiários em virtude de decisão judicial não transitada em julgado ou decisão administrativa, impondo-se, nesse caso, a restituição dos valores indevidamente recebidos.

Trata-se de um inequívoco *regime de transição*, já que preserva a confiança dos jurisdicionados com base em pronunciamentos judiciais anteriores e estabelece um marco temporal-eficaz que não necessariamente trata todos os envolvidos de forma uniforme, mas, sim, de acordo com as peculiaridades de cada situação individual.

## 6. Conclusão

A perspectiva teórica pós-positivista impõe a inescapável premissa de que o direito não pode ser interpretado em abstrato e precisa de facticidade para se realizar. A facticidade é, portanto, tão ínsita ao direito que a realidade se apresenta como uma das dimensões a serem interpretadas pela decisão judicial.

Essa complexidade específica da regulamentação exercida pelo direito impõe que o julgador se atente para as consequências de sua decisão como fator de análise de sua própria adequação constitucional.

---

<sup>15</sup> STF, RE 1221446, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21 jun. 2021.



O direito positivo brasileiro conhece de há muito dispositivos legais que expressamente introduziram mecanismos consequencialistas entre nós, sendo o mais importante deles a modulação de efeitos, prevista inicialmente para as ações de controle abstrato de constitucionalidade, posteriormente expandida para a jurisprudência em geral com o advento da art. 927, § 3º, do CPC (BRASIL, [2021b]) e art. 23 da LINDB.

A modulação de efeitos integra o próprio comando decisório, na medida em que é instrumento vocacionado à proteção dos direitos fundamentais possivelmente atingidos pela declaração de inconstitucionalidade, que, com todo o seu rigor, têm sua ineficácia declarada desde o seu nascedouro, o que, na prática, pode representar uma inconstitucionalidade maior do que a preservação de certos atos. Essa é uma das razões que transforma a modulação em instrumento de máxima relevância para o enfrentamento do contexto de crise criado pela pandemia.

Contemporaneamente, a lógica da modulação de efeitos como instrumento protetivo dos direitos fundamentais e instituidor do marco temporal-eficaz dos dispositivos declarados inconstitucionais fez com que a clássica distinção – nos atos normativos e administrativos – entre nulidade x anulabilidade perdesse a funcionalidade, salvo por alguma questão processual incidental, tal qual o ônus de alegação em juízo.

Além disso, é inegável que a modulação de efeitos vem adquirindo uma dimensão mais apta ao enfrentamento das complexidades contemporâneas, com a possibilidade de estabelecimento de regimes de transição.

## Referências

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialistas. **Revista dos tribunais**, v. 108, n. 1009, p. 123–135, nov. 2019a.

ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional pós-moderno**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. 720 p.

ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 907, p. 61-119, maio 2011.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019b. 1502 p.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 1600 p.

AUSTIN, John L. **How to do things with words**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975. 168 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009. 1102 p.

BLASCO SOTO, Maria del Carmen. **La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995. 388 p.

CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao art. 23 da LINDB. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. 271 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4.ed., Coimbra: Almedina, 2000. 1461 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. , rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. 1352 p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis 9.868 e 9.882/99. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2001.

CHESTERTON, G.K. Philosophy for the schoolroom. **Daily News**, 22 jun. 1907. Disponível em: [https://www.chesterton.org/philosophy-for-the-schoolroom/?\\_\\_cf\\_chl\\_jschl\\_tk\\_\\_=pmd\\_3ef0d773f9db010001c320bdef8ce28ad8c61a47-1633901004-0-gqNtZGzNAk2jcnBszQi6](https://www.chesterton.org/philosophy-for-the-schoolroom/?__cf_chl_jschl_tk__=pmd_3ef0d773f9db010001c320bdef8ce28ad8c61a47-1633901004-0-gqNtZGzNAk2jcnBszQi6). Acesso em: 10 out. 2021.

DANTAS, Bruno. (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: o “novo” dever dos tribunais no Código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 41, n. 262, p. 323-344, dez. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1117 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 568 p.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Edição atualizada por Fabrício Motta.

GERA, Renata Coelho Padilha. **A natureza e os efeitos da inconstitucionalidade**. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 2007. 157 p.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn**: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley. Madrid: Dykinson, 2003. 240 p.

HABERMAS, Jürgen. Sobre o vínculo interno entre Estado de direito e democracia. *In*: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: UNESP, 2018. 575 p.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. 4. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 391 p.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford University Press, 2005. 306 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p.

MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. *In*: MATHIS, Klaus (ed.). **Efficiency, sustainability, and justice to future generations**. Heidelberg Germany: Springer, 2012. p. 5-6.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos**: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. 96 p.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. t. II.

NERY JÚNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera a jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. *In*: CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (ed.). **Efeitos 'ex nunc' e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008. 107 p.

RÜTHERS, Bernd. **Teoría del derecho**: concepto, validez y aplicación del derecho. Bogotá: Editorial Témis, 2018.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. 396 p.

TUGENDHAT, Ernst. **Vorlesungen über Ethik**. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

VOEGELIN, Eric. **Reflexões autobiográficas**. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2007.

WEBER, Max. Política como profissão e vocação. *In*: LASSMAN, Peter; SPEIRS, Ronald (ed.). **Escritos políticos**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

## Jurisprudência citada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **Recurso Especial 1.720.805/RJ**. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Relatora para o acórdão: Min. Regina Helena Costa, 22 de agosto de 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705875&num\\_registro=201800206322&data=20180926&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705875&num_registro=201800206322&data=20180926&peticao_numero=-1&formato=PDF). Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 601.914/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 6 de março de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3433229>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 568/PR**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 17 de setembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341176810&ext=.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6357/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754438956>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário 79.343/BA**. Relator: Min. Leitão de Abreu, 31 de maio de 1977. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=174730>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 85.179/RJ**. Relator: Min. Bilac Pinto, 4 de novembro de 1977. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=179339>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1.221.446/RJ**. Relator: Min. Dias Toffoli, 21 de junho de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756636914>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.221.446/RJ**. Relator: Min. Luiz Fux, 7 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753687749>. Acesso em: 27 out. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Norton v. Shelby County. **Justia US Supreme Court**, v. 118, p. 425, 1886. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/425/>. Acesso em: 12 out. 2021.

## Legislação citada

BRASIL; Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 1º de abril de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia internacional e dá outras providências. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242583>. Acesso em: 11 out. 2021. Orçamento de guerra.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm). Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 11 out. 2021.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa VII Revisão Constitucional [2005]**. [Lisboa, 2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.