

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Lucas Gonçalves da Silva, Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-288-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

A sociedade brasileira continua fortemente marcada pelo processo de transição democrática que permitiu a adoção da atual Constituição brasileira de 1988. De fato, o desafio da nova Constituição brasileira continua sendo o da efetividade. Se no final dos anos noventa a problemática da efetividade da Constituição encontrou no Judiciário um espaço de pressão para a concretização dos direitos sociais, a atualidade da crise econômica e política questiona fortemente a atuação do Judiciário que cotidianamente se envolve em questões políticas e sociais.

O GT Constituição e Democracia I nos ofereceu primeiramente uma série de trabalhos críticos sobre a atuação do Judiciário. A problemática da legitimidade desloca a expectativa de efetividade da Constituição para o espaço democrática de decisão política. Observa-se não somente a crise de legitimidade dos poderes do Estado, mas sobretudo, surge uma nova expectativa de participação política que não se contenta com os instrumentos do sistema representativo, exigindo uma escuta da vontade das ruas, dos movimentos sociais, das manifestações apartidárias, que ultrapassam claramente a vontade dos representantes eleitos ou selecionados pelos concursos públicos de provas e títulos. As críticas e questionamos fundamentos no espaço democrática de decisão política denunciam os limites do constitucionalismo brasileiro pós-1988, ou de outro modo, pós-transição democrática. Com efeito, novo constitucionalismo exige respeito ao texto constitucional; sinceridade na aplicação dos valores e princípios constitucionais e, sobretudo, reconhecimento da diversidade cultural marcada pelo pluralismo jurídico e à crítica ao positivismo das decisões de Justiça.

Pensar a diversidade cultural, econômica e social no Brasil contemporâneo implica necessariamente enfrentar escolhas antagônicas no debate político e partidário, cujo único ponto de contato seria a promoção da justiça social. De fato, a problemática da efetividade da Constituição deixa de ser um objetivo em si mesmo, para despertar a importância sobre o método de promoção dos direitos constitucionalmente protegidos.

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas - UNOESC

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA
POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL**

**MODULATION OF THE TEMPORAL EFFECTS OF THE
UNCONSTITUTIONALITY OF THE DECISION: AN ANALYSIS OF
LEGALIZATION OF POLITICAL AND JUDICIAL ACTIVISM**

**Christiane Schneiski ¹
Mariana de Freitas Rasga ²**

Resumo

No contexto atual muito se discute acerca da judicialização da política e do ativismo judicial, pois estes fenômenos impactam sensivelmente princípios basilares da democracia como a separação dos poderes e a legalidade. As discussões sobre a temática sempre se estabelecem sobre casos em que se trata da necessidade da concretização dos direitos fundamentais. O que o presente estudo pretende é compreender os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial no contexto da modulação dos efeitos temporais da nulidade da norma declarada inconstitucional pelo STF.

Palavras-chave: Modulação dos efeitos temporais, Judicialização da política, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

In the current scenario, discussions on policy judicialization and judicial activism have been increased due to both instituts significantly impact the basics principles of democracy, as separation of powers and legality. The debate on this subject always is set based on the cases about the fundamental rights need's of concretion. This study aims to comprehend the policy judicialization and the judicial activism in modulation of temporal effects scenario of invalid legislation declared unconstitutional by Supreme Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Modulation of temporal effects, Policy judicialization, Judicial activism

¹ Mestre pela Universidade Veiga de Almeida. Doutoranda em Direito pelo PPGD da Universidade Veiga de Almeida. Docente da Universidade Estácio de Sá.

² Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF. Doutoranda em Direito pelo PPGD da Universidade Veiga de Almeida. Docente da Universidade Estácio de Sá.

1 Introdução

A proposta deste trabalho é analisar a técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, principalmente após o advento do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99, como franco mecanismo de abertura para ocorrência mais acentuada dos fenômenos de judicialização da política e ativismo judicial.

Tradicionalmente na sistemática da jurisdição constitucional brasileira aplica-se a teoria da nulidade para penalizar uma norma inconstitucional. O referido princípio é justificado pela doutrina como um mecanismo para manutenção da supremacia da Constituição. Assim, desde o início da introdução do controle de constitucionalidade pela primeira Constituição Republicana em 1891 o decreto de nulidade tem sido externado contra as normas sobre as quais se suscitam inconstitucionalidades.

Ocorre que, no atual Estado Constitucional de Direito, a máxima da teoria da nulidade, portanto dos efeitos retroativos da norma inconstitucional, passa a sofrer certa resistência, não pelo fato de estar errada, mas em razão de que no decorrer do amadurecimento do direito constitucional, principalmente no processo de desenvolvimento das normas de proteção aos direitos fundamentais, a aplicação do decreto retroativo deixou de servir para, sozinho, equacionar os problemas que hoje enfrentamos na jurisdição constitucional.

Sabemos que o Estado Contemporâneo está edificado sobre o alicerce de uma sociedade plural, que para alcançar sua finalidade maior de buscar uma proteção abrangente sobre os direitos fundamentais utiliza-se de uma Constituição compromissória, estruturada em normas principiológicas, externando assim o fenômeno da normatividade dos princípios, que se revelam em valores éticos e morais escritos na Constituição.

Porém, em razão de vivermos num momento onde impera o sentimento de concretização dos direitos fundamentais, para fugirmos de promessas constitucionais que estejam esvaziadas dos mecanismos de realização das satisfações humanas, a nova ordem compromissória veiculou-se por uma sistemática denominada dirigente, na qual a Constituição fixa metas e objetivos a serem cumpridos pelo Estado.

A Constituição deixou de ser entendida como um texto que traz em sua boa parte somente regras, passando a contemplar também muitos princípios e, quando estes são postos em rota de colisão, equaciona-se por meio de outra metodologia de hermenêutica constitucional, como a ponderação de interesses. Assim, passam a ser necessárias outras técnicas de decisão para que os problemas ocorridos hoje possam ser acomodados de maneira mais amena e, por

via de consequência, menos impactante tanto na vida dos cidadãos, como na realidade das instituições públicas do Estado.

Inserido nesse contexto, o legislador brasileiro introduziu por meio de lei ordinária a operação da modulação dos efeitos temporais que para o seu acatamento consignou a observância de dois critérios – segurança jurídica e excepcional interesse social.

Ocorre que, após o advento dessa lei, muitos questionamentos passaram a ser externados acerca da utilização pelo Supremo Tribunal Federal - STF de uma técnica que permite a relativização da supremacia da Constituição e que supostamente utiliza-se de argumentos consequencialistas para o seu deferimento.

O que desperta ainda mais curiosidade na utilização do referido dispositivo pelo STF é que, como a referida operação somente pode-se dar pela observância das cláusulas de textura aberta como segurança jurídica e excepcional interesse social, o artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 passa a servir como franco mecanismo para a ocorrência dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, pois para apreciar os requisitos legais nossa Corte adentra na esfera de vontade do legislador.

É nesse cenário que se insere a problemática construída neste trabalho, que se busca analisar a dinâmica da modulação dos efeitos temporais inserida pelo artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 como uma cláusula legislativa de abertura para a ocorrência dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é analisar qual seria o limite no exercício de interpretação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal ao realizar a manipulação dos tradicionais efeitos retroativos da norma inconstitucional.

Esta pesquisa justifica-se por uma razão muito simples: a técnica tradicional de aplicação do decreto de nulidade, ou seja, dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade da norma para proteção da supremacia da Constituição, não acomoda todos os problemas do atual controle de constitucionalidade. Portanto, é preciso relativizá-la e ao fazê-lo, o Supremo atua por parâmetros que hoje, por mais que sejam legais, são de textura muito fluida e isso permite um espaço de abertura muito amplo para nossa Corte.

Mesmo contando com o desenvolvimento da nova hermenêutica constitucional, por questão de segurança jurídica nas relações sociais, precisamos identificar certos limites para que a atuação do Judiciário possa se dar de maneira que não abale a estabilidade social e institucional, vez que um Poder que atua como um senhor dos demais Poderes, reveste-se de roupagem incompatível com a ordem democrática consignada no atual Estado Constitucional de Direito.

O presente estudo foi realizado a partir de uma exploração teórica acerca da produção acadêmica que já contemplou a problemática ocorrida entre a modulação dos efeitos temporais e os limites de interpretação constitucional pelo STF frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Realizamos estudos em livros e artigos científicos, ora publicados em revistas especializadas, impressas e eletrônicas, ora em livros organizados por autores com referenciada autoridade acadêmica.

2 Modulação dos efeitos temporais: judicialização da política e ativismo judicial

Neste trabalho analisaremos de que maneira a operação da modulação dos efeitos temporais repercute em questões sobre judicialização da política e ativismo judicial.

A expressão judicialização da política traduz-se no significado de que existe uma gama de situações que tradicionalmente seriam decididas a partir de uma apreciação do Legislativo e Executivo e que hoje, no contexto do Estado Democrático de Direito, são apreciadas pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2008, p. 03).

Verifica-se no novo perfil constitucional uma série de normas programáticas, que somente produzirão seus efeitos jurídicos após a integração do Legislativo ou do Executivo, que em verdade veiculam metas e objetivos determinados acerca de concretização dos direitos fundamentais para cumprimento pelo Estado (SILVA, 1998, p. 174).

O não cumprimento dos conteúdos constitucionais pelo Legislativo passou a gerar um sentimento de desconfiança pelos cidadãos acerca da democracia e do legislador, haja vista ele ter sido incumbido da função de grande realizador dos direitos fundamentais e, assim, dos esforços para aumento de proteção e garantias das liberdades (VIEIRA, 2008, p.443).

Em razão dessa desconfiança instaurada é que o novo perfil constitucional dirigente trará uma hiperconstitucionalização da vida contemporânea, explicitada em textos constitucionais muito ambiciosos, alçando ao patamar da Constituição uma sucessão de direitos que não possuíam no âmbito do direito positivo lastro constitucional. Concomitantemente, a nova ordem institui expressamente órgão judicial de cúpula para exercício da função precípua de guardar a Constituição. Em consequência desse novo desenho institucional, passou-se a entender que como esses direitos clamam por atuação política do legislativo e executivo e estes deixam de cumprir os comandos constitucionais, evidenciam-se tensões e insatisfações dos

cidadãos. A partir disso ocorre uma avalanche de litígios, pois o conteúdo constitucional passa a ser judicializado.

Assim, enquanto identificamos que o fenômeno da judicialização da política decorre da hiperconstitucionalização, pois esses direitos que estão sendo questionados em juízo a rigor tocam atribuições ordinárias dos órgãos da Política, em razão de que essa realidade é consequência da própria ordem constitucional instalada, o que denota ter sido escolha do Constituinte em assim fazer, o mesmo raciocínio, ao menos a partir de uma análise inicial, não pode ser atribuído ao fenômeno do ativismo judicial, pois este traduz o significado de uma atuação muito mais proativa e intensa acerca do dever de realização dos valores éticos consagrados na vontade da Constituição (VIEIRA, 2008, p. 444).

Nesse contexto de judicialização da política e do ativismo judicial, insere-se também o fenômeno da modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Primeiramente o decreto de nulidade fomenta a supremacia do Judiciário, pois invalida atos do Legislativo e Executivo, enquanto que o reconhecimento de efeitos prospectivos ao validar os atos que foram praticados sob a égide da lei inconstitucional homenageia a produção legislativa de maneira a relativizar a atuação imperiosa do Judiciário. (BRANDÃO, 2012, p.80).

Assim, seria correto afirmar que, a utilização da técnica de modulação apresenta-se como uma forma de amenizar a tensão havida entre os poderes no exercício do controle de constitucionalidade, ficando a discussão sobre judicialização da política e do ativismo judicial, em tese, apartada dessa operação, ainda mais por contar com o dispositivo do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99, o qual submete essa apreciação do Supremo Tribunal Federal a parâmetros legais.

Tal realidade agrava ainda mais o debate acerca dos limites entre Política e Direito, em razão de que os critérios consignados pelo legislador de segurança jurídica e interesse social são extremamente abertos (FIGUEROA, 2007, p.12), apresentando dessa forma um alto grau de indeterminação e estimulando ainda mais a discricionariedade do Supremo Tribunal Federal (BRANDÃO, 2013, p. 197).

É importante frisar que a operação de modulação realizada pelo STF já ocorria mesmo antes do advento da Lei nº. 9.868/99 (MENDES, 2007, p. 322), que trouxe ao patamar de lei ordinária a previsão normativa desse fenômeno. Assim, mesmo antes da inovação legal, já se questionava a atuação de nossa Corte e se afirmava que a referida operação incidiria em um ativismo judicial, pois dessa maneira criava-se verdadeira norma que, a rigor, deveria ser promovida pelo Legislativo.

Mas o fato de o legislador introduzir essa faculdade ao Supremo Tribunal Federal e ter estabelecido critérios para sua apreciação, não afasta sua análise política. Isso porque os

critérios fixados para permitir a modulação referem-se a expressões fluidas, de conceito e alcance inicialmente indeterminados e, conseqüentemente, capazes de despontar o fenômeno de judicialização. Porém, o que de fato se faz necessário averiguar na atuação do Supremo Tribunal Federal é se a modulação realizada se dá por cumprimento de vontade da Constituição ou por uma escolha eminentemente política (BEICKER, 2012, p. 287).

Enquanto a cláusula da modulação denota uma porta aberta para a judicialização, a mesma afirmativa não se mostra verdadeira para o ativismo judicial, realidade que somente poderá ser constatada após a efetiva e concreta modulação realizada pelo Supremo para a partir dos casos concretos analisar se sua atuação pautou-se por ativismo ou autocontenção judicial. Com efeito, nas situações que esta última hipótese ocorrer seria possível indicar uma postura do Supremo de não ser o último intérprete da Constituição e possibilitar a abertura de diálogo com outras instituições do poder político (BRANDÃO, 2012, p. 82).

Percebe-se que embora seja muito comum atribuir ao ativismo judicial uma conotação extremamente pejorativa, a bem da verdade, nem sempre uma decisão ativista estampa uma decisão injusta e ilegítima. De modo que se pode contar com uma decisão que possua conteúdo criativo e, ao mesmo tempo, compatível com a concepção do Estado Democrático de Direito, o que contribui para a estabilidade da sociedade e das instituições.

Para que esse raciocínio não pareça absurdo, basta pensar em uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em sede de mandado de injunção, na qual se pleiteia a solução de uma situação de inconstitucionalidade em razão da omissão do legislativo. Nesse caso, existe direito fundamental previsto na Constituição cuja concretização torna-se impossível em razão da omissão legislativa. Por consequência, o Supremo Tribunal Federal ao decidir sobre esse ponto e ao apreciar o caso concreto já judicializa questões políticas.

Por isso indaga-se: como decidir o caso sem tensionar as clássicas teorias da separação dos poderes e da separação entre a Política e o Direito, se a solução, em princípio, deveria vir da mão do legislador?

De fato, percebe-se que seria impossível decidir uma demanda dessa natureza sem judicializar uma questão política e sem inovar na ordem jurídica.

Ainda se percebe que não seria justo, tampouco razoável, no contexto do Estado Constitucional de Direito, se no caso o Supremo preterisse uma conduta criativa para primar pelo exercício de autocontenção e assim pautar sua atuação pelos clássicos paradigmas da separação de poderes e da separação entre Direito e Política.

Referido caso pode ser ilustrado com a realidade experimentada pelo dispositivo constitucional que enfrenta o direito de greve do servidor público que para exercê-lo necessita

de lei infraconstitucional que regulamente o exercício concreto desse direito, já objeto de apreciação pelo Supremo.¹

Nessa situação, denotou-se que uma decisão ativista era a melhor escolha a ser tomada pelo guardião da Constituição, de modo a afastar um julgamento por critérios clássicos, pois estes não resolveriam o caso em questão. Guiar-se por critérios contemporâneos com vistas ao seu compromisso maior de concretização da vontade da Constituição, seguramente não seria o de deixar desassistidos os servidores públicos, pois seria uma realidade incompatível com os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que são entendidos como fundamento e objetivo do Estado brasileiro, respectivamente.

É preciso entender que não se deseja afastar os parâmetros clássicos, mas, no atual Estado Constitucional de Direito, a sua aplicação exclusiva deixou de servir para proteção de questões tradicionalmente protegidas por eles (BARROSO, 2007, p. 204). Assim, atualmente, para a proteção dos direitos fundamentais a clássica separação dos poderes (BONAVIDES, 2001, p.72) não pode mais ser entendida como nos primórdios de seu advento, o que clama por uma releitura, pois não se pode contar com funções que sejam somente legislativas, executivas ou jurisdicionais (ARCKEMAN, 2014, p. 15).

O giro hermenêutico da reconstrução do direito materializa-se nesse sentido, no qual a normatividade do direito passa a ser função de uma atividade exegética concebida a partir de um núcleo de racionalidade discursiva que distribui justiça no caso concreto em detrimento da ideia de certeza jurídica máxima. Com isso, amplia-se o horizonte da teoria da eficácia constitucional e em seu bojo a perspectiva de se atribuir cientificamente normatividade a princípios jurídicos abertos, seguindo um novo padrão exegético estribado na dimensão retórica das decisões judiciais.

3 Limites para o exercício modulação dos efeitos temporais: necessidade de aplicação da ponderação de interesses

Até o momento percebemos que a discussão de questões sobre judicialização e ativismo judicial ainda são importantes. Porém, assunto de maior relevo está no

¹ Mandado de Injunção 712. Disponível em: <http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em 15fev.2015, 21h23.

estabelecimento de limites da atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade, nos quais os referidos fenômenos são evidenciados e, portanto, de modular o decreto dos efeitos retroativos das normas inconstitucionais (SANDOVAL, RASGA, 2014, p.416).

Parece-nos que não é propriamente uma resposta definitiva aos limites da discricionariedade judicial, mas ao menos uma diretriz para o problema na seara da interpretação constitucional, ou melhor, da nova interpretação constitucional, mais precisamente no exercício de ponderação dos interesses postos em rota de colisão em cada caso concreto, na qual a operação da modulação se faz necessária (VIEIRA, 2010, p. 217).

Essa conclusão só é possível na medida em que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao operar a modulação dos efeitos temporais a fim de suavizar o decreto de nulidade, o fará diante de um conflito de princípios constitucionais, porque analisará a colisão entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica e, ainda, outros interesses de dimensão constitucional. A partir da nova interpretação constitucional sabemos que a problemática construída acerca do conflito entre princípios somente poderá ser equacionada pela técnica de ponderação de interesses (SARMENTO, 2002, p.136).

A ponderação de interesses é técnica de hermenêutica que ganha evidência no Direito Constitucional contemporâneo face ao fenômeno da normatividade dos princípios (BARROSO, 2007, p. 208), com a inclusão de normas de alta carga axiológica no texto constitucional para a proteção de determinados valores morais (FIGUEROA, 2007, p. 3) que o Constituinte elegeu como de importância suprema.

A tendência da normatividade dos princípios precisa ser entendida no contexto da constitucionalização do Direito, onde as normas de outros ramos do direito passam a não só compor o texto constitucional, mas também a expandir seu conteúdo axiológico para o restante do ordenamento jurídico de maneira a vincular além da atuação do Estado, também os particulares, modificando inclusive a dimensão de eficácia dos direitos fundamentais, que até então se dava em âmbito vertical, portanto exigíveis contra o Estado para operar-se de maneira horizontal de modo a também obrigar os particulares no cumprimento de alguns direitos fundamentais (SARMENTO, 2007, p. 117). A referida mudança na dimensão da eficácia desses direitos deve-se sobretudo à necessidade de proteção ao mínimo existencial, com escopo de concretização dos direitos sociais (SARLET, 2007, p. 353) para busca de cumprimento do imperativo constitucional de igualdade (UBILLOS, 2007, p. 392).

A constitucionalização do Direito deve-se à crise evidenciada do Estado Liberal na descrença do legislativo que, desse modo, coloca sua supremacia em xeque, bem como denota

o fracasso da ideologia da não-intervenção do Estado em questões sociais e simples manutenção da proteção da propriedade e da segurança, pois sua atuação repercutiu no aprofundamento de um quadro de desigualdade social e injustiça por permitir a dinâmica de um mercado desenfreado (GORDILLO, 2006, p. 209).

É nesse contexto que as regras e o exercício de estrita legalidade e de mera subsunção vão perdendo espaço para que se passe a contar com a normatividade dos princípios como normas veiculadoras de valores morais como estratégia de se buscar uma maior proteção da dignidade humana a partir do fenômeno da constitucionalização do direito.

As referidas normas, por protegerem valores, são disposições de textura aberta, que veiculam conceitos indeterminados, o que dificulta o exercício do intérprete para se delimitar seu real significado e alcance. Portanto se faz necessário um tipo especial de argumentação, diferente do tradicional exercício de subsunção utilizado para a interpretação de regras.

A atividade de interpretação fica ainda mais dificultada em razão de que esse exercício deve ser adequado ao Estado de Direito, que para a sua manutenção de estabilidade social necessita de decisões do judiciário pautadas pela devida aplicação da ordem constitucional para que, dessa forma, os decretos judiciais não sejam corrompidos por arbitrariedades e condutas desarrazoadas.

Em razão da própria estrutura das normas principiológicas, o ato de interpretar a Constituição, que já era uma atividade que permitia ao intérprete uma subjetividade muito grande, agora, diante do exercício de discricionariedade do judiciário, situado entre princípios, o ato de dizer o significado e alcance das normas constitucionais fica ainda mais tenso e desafiador.

Essa dificuldade da hermenêutica constitucional aprofunda-se em nossa realidade na medida em que a Constituição de 1988 é considerada compromissória, pois contempla valores e ideologias muito heterogêneas (MAUÉS, 2009, p. 169), que em princípio podem até mesmo ser contraditórias, mas sua consagração concomitante apresenta-se imprescindível para estabilidade das relações sociais e das instituições democráticas.

A ponderação de interesses será utilizada nesses casos porque os critérios tradicionais como a cronologia, hierarquia e especialidade, aplicados para a equação de antinomias, não resolvem os problemas sobre os conflitos entre princípios, sendo úteis somente para acomodar as discussões sobre regras. Não se está dizendo que os métodos hermenêuticos tradicionais devem ser abandonados, somente constata-se que eles demonstram ser insuficientes para resolver o problema atual do conflito entre princípios (BARCELOS, 2010, p. 274).

A efetividade dos princípios constitucionais vem sendo consolidada mediante a harmonização entre o texto da lei e a pauta de valores axiológicos da Constituição. É nesse diapasão que desponta a relevância da elaboração de uma nova hermenêutica que faça uso do ativismo judicial sem descuidar da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito. Ou seja, é importante construir um novo modelo que reconheça a dimensão retórica das decisões judiciais como fator integrante da normatividade do direito, sem, entretanto, invadir desproporcionalmente o espaço discricionário do legislador democrático.

Para equacionar o problema dos conflitos entre princípios, apresenta-se a técnica de ponderação, na qual se realiza um sopesamento entre normas de conteúdo moral. Nesse exercício, o magistrado realizará um raciocínio de reconstrução racional da ordem jurídica vigente de modo a identificar no contexto específico quais são os princípios fundamentais que lhe justificam. Nesse processo, o magistrado não cria o direito, apenas o racionaliza (MAIA, 2006, p. 83).

A utilização da técnica de ponderação para equacionar os conflitos entre os princípios, evidenciados nos chamados *hard cases*, justifica-se em razão de que inexiste entre princípios uma suposta hierarquia normativa, ou seja, a solução para o problema não pode ser buscada no âmbito da validade da norma, mas sim a partir da identificação do peso de cada princípio conflitante que sempre veicula um “mandado de otimização”, que somente poderá prevalecer se devidamente inserido no contexto do caso concreto em específico, para que seja realizado em máxima medida (ALEXY, 2007, p. 295).

No exercício da técnica de ponderação o intérprete, para equacionar o conflito a partir de um equilíbrio entre os interesses tensionados, deverá sempre observar o princípio da proporcionalidade, de maneira a obedecer aos três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação implica que a decisão tomada possa produzir os resultados pretendidos. A necessidade impõe a ideia de que a restrição determinada deve ser sempre a mínima possível. Para atender a proporcionalidade em sentido estrito, o julgador precisa analisar o custo-benefício da medida para se ter a certeza de que a vantagem causada pela restrição a um interesse deve compensar o sacrifício sofrido (SARMENTO, 2002, p. 136).

No decorrer deste exercício de ponderação para equacionar a colisão havida entre princípios, o intérprete deverá percorrer basicamente três etapas. Primeiramente delinea o real conflito construído de maneira a identificar as normas que poderão ser utilizadas para solucionar a problemática evidenciada. Posteriormente analisa os fatos envolvidos no caso concreto, entendendo as circunstâncias contextualizadas no evento estudado de modo a integrá-las com o conjunto de normas identificadas no primeiro passo. A referida interação entre as

normas e os fatos justifica-se para que uma análise das consequências de ordem prática da aplicação das normas inicialmente destacadas possa se dar de maneira a prever ou mensurar resultados esperados. Finalmente, a partir dessa apreciação conjunta entre as normas e os fatos, ponderando acerca da repercussão dos fatos, o intérprete apura os pesos e intensidade que devem ser conferidos a cada elemento posto no cenário de colisão.

Para que os *hard cases* possam ser equacionados, faz-se necessária a utilização pelo Judiciário, e em especial pelo Supremo, para análise da modulação dos efeitos temporais, a técnica da ponderação dos princípios.

Assim é claro que, nesse ponto, a alta discricionariedade do órgão de cúpula mostra-se uma realidade que causa receio de risco para manutenção da estabilidade social e institucional e, portanto, do próprio Estado de Direito, e ainda, do alcance do poder discricionário, sempre influenciado por características do contexto e imbuído de racionalidade, equidade e eficácia (DWORKIN, 2011, p. 51).

Como essa sistemática de interpretação possui por eixo principal a observância do princípio da proporcionalidade é nota de ordem que as decisões do Supremo devem se fazer acompanhar de uma desenvolvida racionalidade, que, por sua vez, fica submetida a um controle de legitimidade por meio de apurada argumentação (BARCELLOS, 2010, p.291).

A análise da racionalidade da argumentação construída pelo intérprete se dá de maneira a verificar se ao final o resultado alcançado pela ponderação não se encontra contrário aos limites consignados pela Constituição, a partir de uma apreciação acerca da compatibilidade material com o texto magno, de modo que a decisão esteja adequada ao seu conteúdo axiológico aberto que possui como núcleo mínimo a dignidade da pessoa humana. Portanto, a eficácia da norma constitucional deve ser aferida a partir das teorias da argumentação jurídica, nas quais a normatividade do direito não se encontra apenas no “texto da norma”, mas, principalmente, na racionalidade argumentativa das decisões judiciais (SANDOVAL, RASGA, 2014, p.416).

A resolução dos problemas constitucionais do tempo presente demanda - sem nenhuma dúvida - o ativismo judicial proporcional, que, no entanto, não pode extrapolar os limites dos limites impostos pelo núcleo intangível dos direitos fundamentais. A garantia desse núcleo mínimo de direitos, bem como o controle intersubjetivo da sociedade aberta de intérpretes da Constituição (SANDOVAL, RASGA, 2014, p.416).

No caso da técnica de decisão da modulação dos efeitos, a consignação do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 verifica-se como uma situação de aplicação da técnica de ponderação de interesses, e o seu modo de utilização é que determinará o limite de atuação do Supremo Tribunal Federal ao relativizar o decreto de nulidade analisando o conflito ocorrido entre o rigor

dos efeitos retroativos e a segurança jurídica ou interesse social, esses conceitos indeterminados, pois se referem às cláusulas abertas onde a subjetividade dos ministros do Supremo transitará entre critérios muito fluidos.

Portanto, a utilização correta da ponderação de interesses, ao respeitar adequadamente o princípio da proporcionalidade, exhibe o mecanismo garantidor dos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal, para que não se incorra em decisão que em verdade protejam “razões de Estado”.

4. Conclusão

A pretensão deste trabalho foi analisar a técnica de decisão de modulação dos efeitos temporais, hoje positivada no artigo 27 da Lei nº. 9.868/99, como uma abertura legislativa para a incidência dos tão criticados fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Conseguimos compreender que não somente a judicialização da política, mas também, por vezes, o próprio ativismo judicial, decorrem da sistemática constitucional vigente e do desenho institucional que hoje se apresenta.

Assim, como a decisão para determinar a relativização dos efeitos retroativos somente poderá se dar a partir da análise dos requisitos legais de segurança jurídica e excepcional interesse social, afirmamos que a escolha do Supremo sempre será de maneira a interferir na esfera de conformação do legislador e a apreciar consequências, pois referidos requisitos são expressões que não possuem a sua definição já determinada previamente.

A ponderação, por sua vez, conforme compreendemos dos estudos realizados, deverá percorrer uma racionalidade para que o seu resultado não se dê de forma contrária à Constituição. Realmente a tarefa de distribuir justiça com segurança jurídica é um dos grandes objetivos-ônibus do paradigma do Estado de Democrático de Direito, que para tanto vai muito além da mera aplicação mecânica do dogma da subsunção, pois vê a Constituição como um *sistema aberto de regras e princípios*, caracterizado pela coerência do conteúdo de suas normas que se harmonizam na unidade axiológico-finalística da dignidade da pessoa humana.

Portanto, concluímos que, a partir da forma como está posta, a operação da modulação se dará sempre de maneira a judicializar a política.

No que se refere à conduta inovadora do Supremo, essa dependerá do caso concreto, pois da análise da jurisprudência percebemos que em algumas situações não existe outra forma de equacionar o problema da inconstitucionalidade se não for por uma conduta ativista.

5 Referências

ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ARCKEMAN, Bruce. Adeus, Montequieu. In Revista de Direito Administrativo. Volume 265. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 15. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital/fgv.br/ojs/index.php/rda/isrue/view/18909/17652>. Acesso em: 07jan.2016.

BARCELOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil.). In A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BEICKER, Flávio. O STF e a Dimensão Temporal de suas Decisões – A Modulação de Efeitos e a Tese da Nulidade dos Atos Normativos Inconstitucionais. In Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2012.

_____. A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro. In Revista de Direito Administrativo. Volume 263. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 197. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/110648>. Acesso em 07jan.2016.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Trad. de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh, Casa Editorial, 1961.

FIGUEROA, Alfonso García. Princípios e Direitos Fundamentais. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. In A Constitucionalização do Direito, Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. 8ª ed. Buenos Aires: F.D.A., 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O Controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LARENZ, Karl. Derecho justo – Fundamentos de etica jurídica. Trad. de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991.

_____. Metodologia da ciência do direito. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.

MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In GUERRA, Isabella Franco, FILHO, Firly Nascimento e PEIXINHO, Manoel Messias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 83-85.

MAUÉS, Antônio Moreira. Constituição e Pluralismo Vinte Anos Depois. In BINENBOJM, Gustavo, SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 169.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SANDOVAL, Guilherme; RASGA, M. F Limites Exegéticos do Ativismo Judicial: Por uma Estratégia Hermenêutica de Preservação do Estado Democrático de Direito. In: Conpedi. (Org.). Hermenêutica: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 416-440.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo Existencial e Direito Privado: Apontamentos sobre Algumas Dimensões da Possível Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais no Âmbito das Relações Jurídico-Privadas. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 353.

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

_____. Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 117.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

VALIM, M.P. “Uma análise empírica dos juizados especiais fazendários: dilemas, paradoxos e perplexidades”. In: CONPEDI (Org). SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI: Belo Horizonte: CONPEDI, 2015, v.1, p. 159-181.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Proibição de Discriminação e Relações entre Particulares. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Constitucionalização do Direito.

Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 392.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV 8. São Paulo. Julho/dezembro 2008.

_____. A Moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa. In SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 217.