

RECEBIDO EM: 09/06/2015

APROVADO EM: 22/01/2016

O ATIVISMO JUDICIAL NA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE

*THE JUDICIAL ACTIVISM ON TEMPORAL MODULATION
OF EFFECTS OF THE DECLARATORY DECISION OF
UNCONSTITUTIONALITY*

*Grace Maria Fernandes Mendonça
Advogada da União
Secretária-Geral de Contencioso*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade e ativismo judicial; 2 A modulação temporal de efeitos no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nºs 4357 e 4425; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle abstrato de normas envolve juízo de ponderação quanto a razões de segurança jurídica e de interesse social, conceitos naturalmente elásticos que podem favorecer a prolação de uma decisão de natureza ativista. Estudo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4357 e 4425. O próprio legislador convida o Poder Judiciário a adentrar em espaço propício ao ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Modulação. Ativismo Judicial. ADI 4357 e ADI 4425.

ABSTRACT: The temporal modulation of effects regarding the declaratory decision of unconstitutionality of abstract control involves balancing approach relative to legal certainty and social interest reasons, concepts naturally elastic that could foment the delivery of activist nature decisions. Analysis of uttered decision by the Supreme Court on direct actions of unconstitutionality number 4357 and number 4425. Thus, the legislator invites the judiciary to enter a propitious space to judicial activism.

KEYWORDS: Modulation. Judicial Activism. Direct Actions of Unconstitutionality Number 4357 and Number 4425.

INTRODUÇÃO

O presente artigo dedica-se à análise acerca da possível aptidão do instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade como instrumento capaz de gerar um ambiente propício à prolação de uma decisão de índole ativista. Para tanto, serão analisados os pressupostos do instituto da modulação, aspectos do ativismo judicial e a decisão de natureza modulatória exarada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade de n.ºs 4357 e 4425, que tiveram por objeto dispositivos da Emenda Constitucional n.º 62/2009.

1 MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL

A irrestrita reverência à Constituição Federal e a preservação de sua supremacia em face das demais espécies normativas são valores inafastáveis em nosso estado democrático de direito. Tal circunstância insere o Supremo Tribunal Federal em posição de destaque no contexto nacional, em especial diante de sua atuação no âmbito do controle de constitucionalidade de normas - efetiva oportunidade para a concretização dos aludidos valores mediante o afastamento da ordem jurídica pátria de leis e atos normativos que não guardam o dever de compatibilidade vertical.

Não obstante, se é certo que a missão atribuída à Suprema Corte envolve o dever de aferir o respeito das leis e dos atos normativos aos comandos constitucionais, também é certo que não são raras as vezes em que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, se depara com o ônus de compor o impacto de sua decisão nas relações jurídicas fundadas na norma declarada inconstitucional.

Não por outra razão, o legislador, atento à importância de se conformar a regra da nulidade da norma declarada inconstitucional com as razões de segurança jurídica e de relevante interesse social, permitiu, observados certos requisitos, a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. O art. 27 da Lei n.º 9.868/99 estabelece expressamente que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, fundado em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, pode restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nesse sentido, verdadeiro juízo de ponderação é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a compor valores reputados relevantes pelo legislador à luz, inclusive, da realidade dos fatos.

Assim, ao reconhecer que a norma não está em consonância com a Constituição Federal, a Suprema Corte deve avaliar se, e em que medida, a nulidade da lei afrontará os primados da segurança jurídica e do interesse social. Esse exercício, inerente ao juízo de ponderação, envolve as percepções próprias do magistrado, tomadas a partir de suas experiências¹, circunstância que acaba por dotar o instituto da modulação temporal dos efeitos de certo grau de subjetivismo, o qual pode, a depender do juízo que se realiza, ensejar uma solução inovadora, não adstrita ao mero afastamento dos efeitos da decisão no tempo.

O modelo estabelecido pelo legislador pátrio, aliás, contempla as mesmas bases do conteúdo do artigo 281º, n. 4 da Constituição da República Portuguesa de 1982², sobre o qual Canotilho e Vital Moreira apontam estar o Tribunal Constitucional autorizado a “manipular com certa amplitude os efeitos das sentenças, abrindo-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente normativos, embora vinculados aos pressupostos objectivos constitucionalmente fixados”.³

A ponderação em torno da discricionariedade do Tribunal Constitucional é apresentada pela doutrina italiana, ao ressaltar a importância de, no manejo da modulação, encontrar-se um referencial temporal objetivo que reduza a margem de discricionariedade do Tribunal⁴, já que muitas decisões, ao se valerem da manipulação dos efeitos, acabaram por combinar a limitação temporal com outra modalidade de operação normativa.⁵

1 NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943. p.598.

2 “Artigo 281.º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) [...] 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 1 e 2.”

3 Constituição da República Portuguesa anotada, p. 1042, Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei. Universidade Católica Editora. Lisboa, 1999. p. 729. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 1075.

4 LA VEGA, Augusto Martín De. *La sentencia constitucional en Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003. p. 364.

5 Ibidem, p. 371/372 e 387.

As reflexões acerca da modulação ou manipulação de efeitos no âmbito dos sistemas lusitano e italiano, no sentido da possibilidade de se ter no instituto oportunidade para o exercício de poderes de cunho normativo, podem também ser estendidas ao sistema nacional.

Em outras palavras, ao se proceder à limitação temporal de efeitos, é possível que a decisão judicial conciliatória dos princípios e valores envolvidos adentre, em algum nível, no âmbito de atuação próprio do legislador, rendendo ensejo à prolação de uma decisão de natureza ativista. Isso porque razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social constituem conceitos essencialmente elásticos, que podem propiciar a criação de um ambiente favorável à ocorrência do fenômeno do ativismo judicial.

Por seu turno, o ativismo judicial, longe de configurar uma expressão precisa⁶, tem sido objeto de detida análise e de críticas pela doutrina⁷. No Brasil, é invocado por inúmeras decisões judiciais como forma de legitimar a integração da legislação onde não exista norma escrita⁸, configurando mecanismo desejável, “que colabora para a rápida prestação da justiça”.⁹ Tem tido a virtude de produzir decisões judiciais voltadas à proteção de direitos fundamentais, porém, tem sofrido franca crítica por alguns doutrinadores que vislumbram no instituto uma forma de invasão da função jurisdicional no âmbito de atuação próprio do Poder Legislativo.¹⁰ A legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para decidir determinadas matérias são alguns dos riscos apontados pela doutrina como intrínsecos do ativismo judicial.¹¹

Independente da visão que se tenha acerca do fenômeno, o certo é que no âmbito do controle abstrato de normas, a completa invalidação da norma inconstitucional, em algumas circunstâncias, pode gerar um vácuo no sistema legal capaz de produzir efeitos ainda mais danosos. Ao abordar alguns aspectos do ativismo judicial, COMELLA destaca que o ativismo judicial está conectado a uma decisão interpretativa ou “reconstrutiva”, ponderando que enquanto a completa invalidação da norma cria uma

6 GONET, Paulo. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Texto publicado em André Fellet ET alii (orgs). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011.

7 GREEN, Craig. Na Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, v. 58, n. 5, p. 1222, 2009.

8 A título de exemplo: AgRg na SLS 1427, Ministro Ari Pargendler, DJe 29-12.2012.

9 REsp 666419, DJ 27/06/2005, Ministro LUIZ FUX.

10 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

11 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Texto disponível em <http://www.oab.org.br/>.

brecha no sistema legal que pode conter efeitos catastróficos, uma decisão interpretativa ou reconstrutiva pode gerar um impacto mais moderado, sustentando que a Corte Constitucional estará mais inclinada a impor a interpretação dada à Constituição se ela puder controlar e abrandar as consequências de sua conclusão.¹²

Nesse contexto, a modulação temporal dos efeitos pode, em certa medida, configurar um convite ao ativismo, já que proporciona exatamente o exercício desse juízo de ponderação, de modo a conformar a decisão declaratória de inconstitucionalidade com a realidade dos fatos. Tal circunstância pode ensejar uma solução inovadora, de natureza normativa, que garanta o impacto mais moderado da decisão, tudo em estrita consonância com a autorização dada pelo próprio legislador, que concentrou nas mãos da Suprema Corte a tarefa de ponderar aspectos relacionados à segurança jurídica e interesse social.

2 A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NºS 4357 E 4425

No contexto até então apresentado, merece reflexão a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade de nºs 4357 e 4425, que tiveram por objeto a Emenda Constitucional nº 62/2009, a qual alterou o art. 100 da Constituição Federal de 1988 e o art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ao concluir o julgamento das referidas ações, o Supremo Tribunal Federal declarou, em síntese, entre outros aspectos: (I) que seriam inconstitucionais os parágrafos 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, os quais previam a compensação obrigatória entre as dívidas tributárias do beneficiário do precatório e o valor que lhe seria devido pelo ente público; (II) que o § 12 do art. 100 da CF também padecia do vício de inconstitucionalidade, por estabelecer o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança para a atualização dos valores dos requisitórios, entre a data de sua expedição e o efetivo pagamento; (III) que o art. 97 do ADCT seria inconstitucional em sua integralidade, por contemplar entre outros aspectos, o leilão para o pagamento de dívidas, regime diferenciado e mais dilatado para o pagamento dos precatórios dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios já vencidos na data da entrada em vigor da EC nº 62/2009.

12 COMELLA, Víctor Ferreres. *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*. Comparative Avenues in Constitutional Law Symposium. University of Texas School of Law. February 27-28, 2004.

Como os dispositivos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade serviam de referência para a programação orçamentária e financeira das pessoas políticas, a mera nulidade de seus comandos (efeitos *ex tunc*) poderia ensejar situação configuradora de grave instabilidade jurídica. Aliás, a gravidade de simplesmente reconhecer a nulidade da Emenda, sem exercer um juízo de ponderação acerca do impacto da decisão para os entes federativos, foi expressamente reconhecida pelos integrantes da Corte, mormente considerando que o pagamento dos precatórios, fora da sistemática até então vigente, poderia comprometer sensivelmente as finanças dos Estados, com impacto significativo nas projeções da Receita Corrente Líquida, para fins de cálculo dos pagamentos a serem efetuados.

Portanto, fundado em razões de segurança jurídica e de interesse social, o Supremo Tribunal Federal procedeu à modulação dos efeitos da decisão, dando sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. A Corte conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento das ações diretas e mantendo válidos os precatórios expedidos ou pagos até a referida data. Quanto a esse ponto, entendeu o STF que deveria ser mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da EC nº 62/2009, até 25.03.2015, data a partir da qual os créditos em precatórios deveriam ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Que as razões de segurança jurídica e de interesse social recomendavam a concessão de efeitos prospectivos ao julgado não restam dúvidas, todavia, merece exame um dos aspectos expressamente abordados na decisão modulatória, qual seja o estabelecimento do índice de correção dos precatórios diretamente pela Corte Suprema. Isso porque o colegiado não se limitou a flexibilizar, no tempo, a incidência da decisão declaratória de inconstitucionalidade, mantendo os termos da EC 62/2009 pelo prazo de 5 (cinco) exercícios, mas, de pronto, alterou o seu conteúdo para reconhecer como legítimo índice diverso daquele nela previsto. Seria possível ao Colegiado estabelecer, desde logo, o índice de correção dos créditos em precatórios a ser aplicado, ou essa tarefa seria exclusiva do Legislador?

A análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal revela que o Colegiado reconheceu a inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR) como fator de correção dos precatórios, ponderando o descompasso do índice com o dever de preservação do valor real do crédito de que

é titular o cidadão. Entendeu a Corte que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios¹³ segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança violaria o direito fundamental de propriedade, inserto no art. 5º, XXII da Constituição Federal de 1988, justamente por sua inidoneidade para promover o fim a que se destinava, ou seja, o de traduzir a inflação do período. Do mesmo modo, decidiu o Colegiado que a quantificação dos juros moratórios relativos aos débitos fazendários inscritos em precatórios com base no índice de remuneração da caderneta de poupança afrontaria também o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da Constituição da República, “ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros de mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, § 1º do CTN)”.¹⁴

Portanto, a Taxa Referencial não teria a aptidão de cumprir sua missão de resguardar o poder aquisitivo, mantendo o valor real do crédito. Em decorrência, entendeu por bem a Corte expurgar a TR e, em seu lugar, estabelecer o IPCA-E como fator de atualização dos precatórios. Esse passo a mais dado pelo Poder Judiciário no âmbito da modulação de efeitos pode ser reputado de índole ativista?

Ao discorrer sobre o Judiciário frente à divisão dos poderes, TERCIO SAMPAIO, atento às mudanças provocadas pelo crescimento do estado social ou do estado do bem-estar social, destaca que o juiz não tem o dever apenas de “julgar no sentido de estabelecer o que é certo ou errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).” Essa alteração da posição do juiz acaba por afetar sua neutralidade, já que o magistrado é posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de “ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa.”¹⁵

13 Importante destacar que a decisão se refere aos créditos já inscritos em precatórios. A decisão não abarca a correção monetária dos débitos da Fazenda Pública até a expedição dos precatórios, tratada no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 - tema que é objeto de RE nº 870.947, cuja repercussão geral foi reconhecida (Tema 810) e que está pendente de apreciação pela Corte Suprema.

14 Trecho da ementa exarada na ADI nº 4357 e na ADI nº 4425, Relator Ministro Ayres Britto. Relator para Acórdão Ministro Luiz Fux. Julgamento 14/03/2013. Tribunal Pleno.

15 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Revista USP, p. 18/19.

Ao discorrer sobre o ativismo judicial, PETER IRONS destaca que o ativismo judicial é um antídoto essencial para algumas das toxinas que envenenam o sistema. Especificamente a respeito do papel do julgador, ressalta que os juízes não devem se encolher diante do seu dever de agir como legisladores em último recurso, nos casos de distorções legislativas.¹⁶

Assim, se o objetivo do legislador, ao estabelecer a TR (Taxa Referencial) como índice aplicável era o de corrigir o crédito, a finalidade perseguida pelo legislador não foi atingida, diante da inaptidão do fator como instrumento de preservação do valor original. O mero reconhecimento da inconstitucionalidade ou mesmo a sobrevida que a Suprema Corte deu à Emenda Constitucional nº 62/2009, não seriam suficientes para a concretização dos resultados pretendidos pelo legislador, daí o avanço promovido pelo Colegiado no debate acerca do índice que melhor preservaria o valor original do crédito a que teria direito o cidadão de modo a resguardar, de pronto, o seu direito de propriedade, tudo com base em razões de segurança jurídica e de interesse social, na forma admitida pelo próprio legislador.

3 CONCLUSÃO

Portanto, se entre as interpretações possíveis acerca da extensão do termo ativismo judicial está aquela que vislumbra no fenômeno a possibilidade de o Poder Judiciário reconhecer direitos não expressamente previstos nas normas, fundado na interpretação das regras basilares do direito e de princípios constitucionais e, se a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade configura técnica, atribuída expressamente pelo Legislador ao Poder Judiciário, que permite a manipulação temporal da decisão, mediante juízo de ponderação alicerçado em razões de segurança jurídica e de interesse social, é possível concluir-se que o instituto da modulação temporal de efeitos da decisão declaratória de constitucionalidade pode configurar uma oportunidade para que uma decisão considerada ativista seja exarada. O legislador convida o Poder Judiciário a visitar o ambiente próprio do ativismo, ao outorgar-lhe a faculdade de manipular a decisão declaratória de inconstitucionalidade à luz de conceitos destituídos de precisão, tais como razões de segurança jurídica e de interesse social.

16 IRONS, Peter. Making Law: The Case for Judicial Activism. Heinonline. *24 valparaiso University Law Review*, v. 24. 1989-1999..

REFERÊNCIAS

ALEXI, Robert. *On the Structure of Legal Principles*. Ratio Juris. v. 13. n. 3. 2000.

ALEXI, Robert. *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación*. Universidad Nacional Autónoma de México. Jueces y Ponderación Argumentativa.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Editora Saraiva, 2013.

BUZAID, Alfredo. *Da ação Direta de Inconstitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism*. Judicature. v. 66. Number 6. 1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CANOTILHO J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2. ed. v. 2, Coimbra. 1985.

COMELLA, Víctor Ferreres. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism. *Comparative Avenues in Constitutional Law Symposium*. University of Texas School of Law. 2004.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *O Valor do Ato Inconstitucional em face do Direito Positivo Brasileiro*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro. 2002.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, v. 58. nº 5. p. 1195. 2009.

IRONS, Peter. Making Law: The Case for Judicial Activism. Heinonline. *24 valparaíso University Law Review*, v. 24. 1989-1999.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência?* Revista USP.

LA VEGA, Augusto Martín. *La sentencia constitucional em Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1943.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 109.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VERSTRAELEN, Sarah. The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity. *14 German Law Journal*, 2013.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*. Second edition. v. 1. New York. Baker, Voorhis and Company. 1929.

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Civitas Ediciones, S. L., Capítulos 5 e 6, 1991.

