

# EVIDÊNCIAS DE ATIVISMO JUDICIAL NA MODULAÇÃO DE EFEITOS

## JUDICIAL ACTIVISM IN EVIDENCE OF EFFECTS MODULATION

Bruno Ortigara Dellagerisi\*

### RESUMO

Com base na decisão do Recurso Extraordinário 600.885/RS, este trabalho busca discutir o problema do ativismo judicial a partir da modulação dos efeitos relativa ao controle de constitucionalidade. Assim, tomando a discricionariedade como conceito inicial e elemento comum entre o ativismo e a modulação, assume a premissa de que a politização do Poder Judiciário é fator determinante para a adoção de uma postura ativista. Para tanto, metodologicamente, propõe o estudo de caso no qual o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o futuro. Desse modo, considerando as limitações do recorte formulado, conclui, sem esgotar o tema, que é possível observar no caso examinado evidências do ativismo judicial, associando este conceito à discricionariedade judicial.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial; Discricionariedade; Modulação de efeitos.

### ABSTRACT

Based on the Extraordinary Appeal 600.885/RS decision, this task seeks to discuss the judicial activism problem from the effects modulation concerning to the constitutionality control. Thereby, taking the judgment discretion as an initial concept and common element between the activism and the modulation, assume the premise that the politicization of the Judiciary is a determinant factor for the adoption of an activist stance. Thereunto, methodologically, proposes the study of a case whereupon the Supremo Tribunal Federal modulated the effects of the unconstitutionality declaration for the future. Thereby, considering the limitations of the

---

\* Mestrando em Direito, Democracia e Sustentabilidade da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED. Advogado. Correspondência para/Correspondence to: Rua dos Andradas, 186, Bairro: Operária, Passo Fundo/RS, CEP: 99025-020. E-mails: bruno\_dellagerisi@hotmail.com e bruno@beltramechaves.com.br. Telefone: (54) 9944-3790.

formulated cut, concludes, without exhausting the theme, that is possible to observe, at the examined case, evidences of the judicial activism, associating this concept to the judicial discretion.

**Keywords:** Judicial activism; Judgment discretion; Effects modulation.

## INTRODUÇÃO

Partindo da decisão do Supremo Tribunal Federal que modulou os efeitos da decisão *pro futuro*, em recurso extraordinário, construiu-se este ensaio na condição de um estudo de caso. Para tanto, explora a decisão aludida a partir de três temáticas teóricas: a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade; o ativismo judicial; e os seus limites. Quanto a este último, ou seja, os limites da atuação do Poder Judiciário, elege-se como desafio o enfrentamento da discricionariedade judicial.

Dessa forma, o problema da pesquisa consiste em investigar se o Supremo Tribunal Federal atua de maneira ativista e, conseqüentemente, discricionária, ao modular os efeitos de sua decisão no controle de constitucionalidade. Isso porque a hipótese da pesquisa é que os conceitos jurídicos indeterminados que definem quando a modulação pode ser feita – segurança jurídica e interesse social – seriam um alibi teórico para a atuação ativista da Corte Suprema.

Na tentativa de resolver o problema de pesquisa, o artigo foi desenvolvido sobre os seguintes objetivos específicos: a) dentro do controle de constitucionalidade misto – no Brasil, tem-se o controle difuso e concentrado –, apresentar a modulação dos efeitos da decisão que declara a (in)constitucionalidade, em que será exposto que os efeitos temporais podem ser *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*; b) apresentar a abstrativização do controle difuso – características próprias do controle abstrato estão sendo utilizadas no controle difuso; c) relacionar o ativismo judicial e a discricionariedade – essa tarefa não é das mais fáceis em virtude da imprecisão semântica sobre o conceito de ativismo, o que também será abordado por este trabalho; d) demonstrar, por meio da construção teórica realizada, que o Supremo Tribunal Federal é ativista e discricionário no momento em que modula os efeitos da sua decisão.

Para tanto, o artigo foi desenvolvido em três principais eixos temáticos: inicialmente, a decisão judicial escolhida é apresentada, servindo de ponto de apoio no estudo de caso; em seguida, introduz-se o instituto jurídico da modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade; por fim, correlacionam-se o caso concreto e a modulação de efeitos ao ativismo e à discricionariedade judicial.

O trabalho encontra justificativa à medida que empresta contribuições teóricas à resolução das atuais controvérsias jurídicas na concretude e realização do controle de constitucionalidade. Para fins metodológicos, o trabalho está

orientado e organizado conforme os aportes da fenomenologia hermenêutica<sup>1</sup>, sistematizando os conceitos e as críticas mediante a pesquisa bibliográfica, em especial os ensinamentos de Lenio Streck e Elival da Silva Ramos, e pela jurisprudência pátria.

## ESTUDO DE CASO

A decisão que serve de estudo de caso foi extraída do julgamento do Recurso Extraordinário 600.885/RS<sup>2</sup>, interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que considerou contrária à CF/88 regra de edital que limitou em 24 anos a idade para ingresso nas Forças Armadas. Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a exigência constitucional de uma lei que fixe o limite de idade para ingresso nas Forças Armadas. Assim, a decisão não recepcionou a expressão contida no art. 10 da Lei 6.880/80: “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica”.

Entendendo o caso: o recorrido, que na época do concurso tinha idade maior que a fixada no edital, ajuizou ação ordinária de nulidade de cláusula editalícia, com intuito de assegurar sua inscrição em um concurso para as forças armadas (sargento). Alegou que somente a lei pode impor limite de idade para as vagas. Alegou a inconstitucionalidade do ato. Foi deferida antecipação de tutela e confirmada em sentença, sob o argumento de que a Constituição Federal não deixou espaço para que a regulamentação fosse feita por outro tipo normativo, que não seja a lei. A União interpôs apelação, que foi desprovida. Opôs embargos de declaração. E estes foram rejeitados. Interpôs recurso especial, que foi rejeitado.

No recurso extraordinário, por sua vez, a União apresentou preliminar de repercussão geral. Disse que a decisão afetaria vários candidatos interessados na carreira militar, mas que estariam fora do limite de idade. Destaca que, por os militares estarem na categoria de “especial sujeição estatal”, o poder regulamentar do Estado mitigaria o princípio da legalidade estrita. Ao proferir sua decisão, os ministros se posicionaram no sentido de que o critério de limite de idade é determinado constitucionalmente e deve ser especificado por lei. Logo, a lei não pode desertar de seu papel constitucional e delegar sua função. A Constituição de 1988 é taxativa ao dispor que os elementos de ingresso às Forças Armadas se darão por lei.

Todavia, a decisão efetuou a chamada modulação de efeitos, conforme autoriza o art. 27 da Lei 9.868/99, sob o argumento da necessidade de respeito ao

---

<sup>1</sup> O método fenomenológico hermenêutico permite explorar o objeto da pesquisa por meio de constante revisão. Assim, uma premissa que, no início da pesquisa se apresentava como essencial, pode perder importância com o aprofundamento teórico.

<sup>2</sup> O Supremo Tribunal Federal veiculou notícia apresentando o caso em discussões, conforme disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=171591>>.

princípio da segurança jurídica, uma vez que inúmeros concursos foram realizados sob a égide da norma agora tida como não recepcionada. Os efeitos da decisão foram modulados a fim de conferir validade aos certames realizados pelas forças armadas e cujos editais fixaram limites de idade conforme a Lei n. 6.880/80, art. 10, até 31 de dezembro de 2011, ressaltando o direito do recorrido, por força dessa decisão.

A decisão do Supremo foi proferida em 9 de fevereiro de 2011, rejeitando a proposta da relatora, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, no sentido de estender, até o seu trânsito em julgado, a validade dos regulamentos e editais que disciplinaram os concursos de acesso à carreira militar até essa decisão. Na verdade, acatando a proposta do Ministro José Antonio Dias Toffoli, a Corte modulou sua decisão, validando os certames realizados até 31 de dezembro de 2011, ou seja, em momento posterior à prolação da sentença, utilizando como justificativa o fato de que, até esta data, o Congresso Nacional deveria regulamentar a matéria.

A partir do caso descrito, discutem-se os critérios utilizados para operar a modulação dos efeitos das decisões que envolvam controle de constitucionalidade, relacionando essa decisão com uma postura ativista dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que cada vez mais se utilizam da noção de discricionariedade judicial para proferir seus julgados. Essa postura ativista, discricionária por natureza, decorre de fatores como a subjetividade e a vagueza da legislação, a judicialização da política e o aumento da função atípica do judiciário, que serão abordados ao longo do texto.

## MODULAÇÃO E SEUS EFEITOS

Cabe esclarecer, preliminarmente, que a Lei n. 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Em seu art. 27, prevê a possibilidade de a Corte modular os efeitos do julgado, desde que fundada nos critérios de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Reproduz-se, logo a seguir, o referido dispositivo:

Artigo 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Uma vez reconhecido o desrespeito ao texto constitucional de uma lei ou de um ato de governo, a inconstitucionalidade pode ser declarada total ou parcialmente, isso porque os efeitos dessa declaração podem ser restringidos no tempo,

já que o ordenamento jurídico brasileiro consagra as hipóteses de fixação de efeitos *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro*<sup>3</sup>.

A partir desse instituto, busca-se, na jurisprudência, a forma como ele é aplicado e, conseqüentemente, verificar sobre quais critérios sua interpretação é pautada. Na opinião do Ministro Gilmar Mendes, a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 se fundamenta na interpretação dos aplicadores, desde que sejam utilizados a segurança jurídica e o excepcional interesse social, e os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, tais quais o princípio da proporcionalidade e da nulidade, para fundamentar suas decisões. Entretanto, para o citado Ministro, é indispensável que esses conceitos sejam revestidos de caráter constitucional<sup>4</sup>.

Como bem destaca Barroso, a modulação pode ser declarada em quatro cenários diferentes, pelos quais o Poder Judiciário é provocado a agir. São eles: a) a declaração de inconstitucionalidade em ação direta; b) a declaração de inconstitucionalidade em controle incidental; c) a declaração de constitucionalidade em abstrato; e d) a mudança de jurisprudência consolidada acerca de determinada matéria<sup>5</sup>. Sabendo quando a modulação pode ser aplicada, resta entender quais são os critérios temporais utilizados para restringir os efeitos da decisão judicial.

A partir da redação do art. 27, última parte, *in verbis* “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, surge a preocupação em saber quais são os critérios temporais utilizados para o Supremo Tribunal Federal estabelecer o início da modulação, definindo a partir de quando a norma discutida se tornará (in)constitucional.

Para Ramos<sup>6</sup>, cabe ao próprio sistema (poder judiciário) disciplinar a eficácia temporal que se projetará sobre o ato fiscalizado, pois a (in)validação de lei resulta de decisão do judiciário. Como se vê na análise do caso trazido, os ministros do Supremo Tribunal Federal (sistema) decidiram modular a decisão para que ela tenha efeitos *pro futuro*, o que é recepcionado de maneira indireta pela legislação brasileira, como se observa na última parte do art. 27, da Lei n. 9.868/99.

Ainda, percebe-se na jurisprudência pesquisada que o sistema acaba por definir a vigência do novo entendimento, fundamentando a decisão em critérios temporais e jurídicos, dando suporte fático à ideia de Ramos. Entre os critérios

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.215.

<sup>4</sup> Conforme voto na decisão da ADI 875; ADI 1.987; ADI 2.727, voto do rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 24/02/2010, Plenário, DJE 30/04/2010.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

<sup>6</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 200.

utilizados para modular os efeitos da decisão, destaca-se o respeito à coisa julgada, como fundamentou o Ministro Celso de Mello no julgado a seguir:

A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia *ex tunc*, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, *in abstracto*, da Suprema Corte<sup>7</sup>.

166 Extrai-se dessa fundamentação que o Supremo Tribunal Federal, órgão maior do Poder Judiciário brasileiro, deve respeitar a coisa julgada, mesmo que fundada em lei agora tida como inconstitucional, pois, no momento da prolação da decisão transitada em julgado, o dispositivo que foi declarado inconstitucional estava coberto de eficácia jurídica, ou seja, estava apto a produzir efeitos<sup>8</sup> e, portanto, a sua aplicação foi válida e legítima.

Como anteriormente mencionado, o critério da segurança jurídica deve ser obedecido na hora de modular os efeitos da decisão. A importância desse critério pode ser percebida quando da definição dos efeitos a serem aplicados – *ex tunc* ou *ex nunc* – da norma tida como (in)constitucional. Logo a seguir apresentar-se-ão dois julgados em que a segurança jurídica serviu de fundamento para a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade. O primeiro caso é representado pela ementa que segue e diz respeito à declaração de efeito *ex nunc* para salvar o direito de todos os servidores aposentados até a data da decisão.

É inconstitucional, por afronta ao art. 61, §1º, II, c, da Constituição, o art. 176 da Lei Complementar/PR 14/82, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar/PR 93/02, de iniciativa parlamentar, que dispôs sobre regras especiais de aposentadoria do policial civil. Aplicação ao

<sup>7</sup> RE 594.892, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 21/06/2010, DJe 04/08/2010.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 66.

## Evidências de ativismo judicial na modulação de efeitos judicial

caso do art. 27 da Lei 9.868/99 para dar eficácia *ex-nunc* à declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar/PR 93/02, de modo a preservar a situação jurídica de todos os servidores aposentados até a data da sessão deste julgamento<sup>9</sup>.

Nesse caso, para proteger os policiais civis aposentados na vigência da lei declarada inconstitucional, a decisão modulou os efeitos de maneira *ex nunc*, ou seja, a decisão só é válida a partir da publicação, não atingindo os casos pretéritos a ela. Assim, mesmo declarada inconstitucional a lei, os atos dela derivados se revestem de eficácia até a decisão do Supremo. No segundo julgado, transcrito na sequência, a regra foi afastada em razão da impossibilidade fática de se aplicarem efeitos *ex tunc*:

Ação direta de inconstitucionalidade. Embargos de declaração. Acolhimento parcial dos embargos manejados pela mesa da Câmara do Distrito Federal. No julgamento da ADI 3.756, o Supremo Tribunal Federal deu pela improcedência do pedido. Decisão que, no campo teórico, somente comporta eficácia *ex tunc* ou retroativa. No plano dos fatos, porém, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao julgado da ADI 3.756, porquanto as despesas com pessoal já foram efetivamente realizadas, tudo com base na Decisão 9.475/00, do TCDF, e em sucessivas leis de diretrizes orçamentárias. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para esclarecer que o fiel cumprimento da decisão plenária na ADI 3.756 se dará na forma do art. 23 da LC 101/2000, a partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito da ADI 3.756, e com estrita observância das demais diretrizes da própria Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>10</sup>.

A *ratio decidendi* da Corte se baseou na argumentação que, mesmo sendo regra a declaração de efeitos *ex tunc* nas ações que julgam a inconstitucionalidade de lei ou de ato, nem sempre o mundo dos fatos é capaz de suportar tal efeito. Pode ocorrer que a situação fática esteja tão arraigada na norma inconstitucional que seja impossível desfazer os atos, de maneira que o efeito *ex tunc* não terá eficácia alguma.

Nesse sentido, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto fundamentou seu voto sobre a modulação: “Como se sabe, a modulação de efeito tem por pressuposto lógico a existência de alternativas, possibilidades, escolhas, opções; opta-se entre modular ou não, entre escolher uma data ou não”<sup>11</sup>. Este é outro ponto que se

<sup>9</sup> ADI 2.904, rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 15/04/2009, Plenário, DJe 25/09/2009.

<sup>10</sup> ADI 3.756-ED, rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgamento em 24/10/2007, DJ 23/11/2007.

<sup>11</sup> Conforme voto do rel. Min. Carlos Ayres Britto na ADI 3.756-ED, julgamento em 24/10/2007, DJ 23.11.2007.

abre para a discricionariedade do ato jurídico, pois existem situações que não comportam efeitos *ex tunc*, e essa escolha será feita pelo ‘sentido’ dos Ministros.

Não bastasse a discussão sobre efeitos *ex tunc* e *ex nunc* da decisão, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de se aplicarem efeitos *pro futuro* da decisão exarada. Como bem destaca Ramos<sup>12</sup>, “não há divergência de monta na doutrina brasileira quanto ao embasamento legal da eficácia *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade, diante do enunciado da parte final do art. 27 da Lei n. 9.868/99”.

Aqui, observa-se o permissionário legal para que os efeitos da decisão só comecem em momento posterior a ela, a ser definido pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme Blanco Morais<sup>13</sup>, existe a possibilidade, “mesmo implicitamente, de fixar a eficácia da decisão para momento posterior ao respectivo trânsito em julgado, em data a determinar pelo mesmo Tribunal”.

No caso adotado como premissa deste estudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu por modular – *pro futuro* – os efeitos da decisão que declarou inconstitucional a expressão contida no art. 10, da Lei n. 6.880/80, “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica”, pelo simples fato de, no Congresso Nacional, estar tramitando um projeto de lei para regulamentar a matéria. Assim decidindo, o Supremo Tribunal Federal abriu espaço para que, até o dia 31 de dezembro de 2011 – data a partir da qual iniciaria a eficácia da decisão – novos concursos sejam realizados sob a égide da lei futuramente tida como inconstitucional.

Por iminente mudança na legislação processual cível (Projeto de Lei n. 166/10 – Novo Código de Processo Civil), haveria uma outra possibilidade de se exercer a modulação dos efeitos da jurisprudência. O Novo Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de modulação, porém o faz buscando a uniformização da jurisprudência, pois a previsão é para casos nos quais ocorre a alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores. Conforme o art. 847, inc. V, do NCPC:

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda do julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Percebe-se que esta modulação continua fundada nos critérios da segurança jurídica e do interesse social, bem como da falta de definição de quando estes critérios estão presentes. O que o Novo Código de Processo Civil não estabelece é, precisamente, de que forma se pode chegar à modulação por mudança da juris-

<sup>12</sup> RAMOS, 2010, p. 205.

<sup>13</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. 2, p. 277..



prudência. Em outras palavras, isso pode vir a servir de álibi para que os aplicadores do direito adotem uma postura ativista na hora de declararem a modulação.

Além das hipóteses até aqui tratadas, o controle difuso apresenta, no Brasil, uma outra forma de modulação dos efeitos da decisão. Com origens na tradição do *judicial review*, sistema que adotou a Teoria da Nulidade em que o ato inconstitucional é considerado nulo e, por isso mesmo, os efeitos que produziu devem ser desconstituídos desde a origem<sup>14</sup>, o controle de constitucionalidade difuso consagra, via de regra, a declaração de efeitos retroativos *ex tunc*.

Diz-se via de regra, pois, no Brasil, vem ocorrendo aquilo que está sendo chamado de abstrativização do controle difuso, o que segundo Streck, pode acarretar “uma nova concepção, não somente do controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo”<sup>15</sup>. O que se quer dizer com a expressão “abstrativização do controle difuso” é que características próprias do controle abstrato estão sendo aplicadas ao controle difuso.

O Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, ao fundamentar seu voto no Recurso Extraordinário 197.917/SP, acena com a possibilidade de aplicação de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, em via de controle concreto, se a situação fática assim o exigir, pois entende que “o controle difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos”<sup>16</sup>. Para tanto, argumenta que nos Estados Unidos, sistema difuso mais tradicional do mundo, admite-se a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, conforme trecho a seguir,

A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> AVILLA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta*, Jacarezinho – PR, 7, p. 45-68, fev. 2013, p. 46.

<sup>16</sup> Conforme voto na decisão do RE 197.971/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes, rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 06/06/2012, Plenário, *DJe* 07/05/2014.

<sup>17</sup> Conforme voto na decisão do RE 197.971/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes, rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 06/06/2012, Plenário, *DJe* 07/05/2014.

O Ministro utiliza da técnica da ponderação de princípios (princípio da nulidade *versus* princípio da segurança jurídica) para justificar a restrição de efeitos no controle concreto,

Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

(...)

Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade.

(...)

O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social<sup>18</sup>.

170

Porém, conforme leciona Streck, “atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade significa ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”<sup>19</sup>, pois aqueles que não fazem parte do processo sofrerão os efeitos da decisão.

Esse movimento vem ganhando corpo com a ideia de tornar o Senado Federal um mero órgão de imprensa, responsável apenas por publicar a decisão do Supremo Tribunal Federal, contrariando o art. 52, inciso X da Constituição, que delega privativamente ao Senado Federal a função de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar em sede de recurso extraordinário “as causas decididas em única ou última instância”, ou seja, julgam-se as aplicações dadas à Constituição Federal em casos concretos, em que há, necessariamente, a existência de uma lide tradicional, e não em ações direitas, em que existe a discussão sobre teses acerca da (in)constitucionalidade de leis ou de atos

---

<sup>18</sup> Conforme voto na decisão do RE 197.971/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes, rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 06/06/2012, Plenário, *DJe* 07/05/2014.

<sup>19</sup> STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2013, p. 50.

do governo. A decisão deste recurso extraordinário produzirá efeitos *ex tunc* e *inter partes*. Declarada a inconstitucionalidade da lei, a decisão deve ser remetida ao Senado Federal para, se assim entender, suspender a execução da lei e, com isso, atribuir efeitos *ex nunc* e eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade.

Streck ensina a importância da função do Senado Federal ao diferenciar a retirada da eficácia da lei via controle concentrado e a sua suspensão por esta casa do Legislativo, isso porque a suspensão não equivale à retirada de eficácia, haja vista as diferenças existentes entre o controle concentrado e difuso. Uma vez que “suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei”<sup>20</sup>. Ademais, estando suspensa a lei, aguardando a retirada de sua eficácia, a suspensão só pode gerar efeitos *ex nunc*. Nesse ponto reside a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia. Sem eficácia, a lei torna-se nula. Sendo nula a lei, é como se nunca tivesse existido<sup>21</sup>.

Assim, fica claro que a abstrativização do controle difuso pode ser prejudicial a toda sociedade, uma vez que quem não faz parte da lide pode sofrer os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal sem ter tido a oportunidade de se defender. Percebe-se que a aplicação da modulação abre espaço para a discricionariedade judicial. Porém, não está se querendo dizer que os ministros são livres para julgar a modulação da maneira que bem entenderem, mas sim que a subjetividade dos critérios pode servir como álibi retórico para utilizarem-se da discricionariedade.

Afinal, vale a pena apostar no protagonismo dos juízes, para, nos casos concretos, buscarem em suas consciências as respostas que melhor solucionam o caso? Uma vez que, sendo a modulação fundada sobre conceitos jurídicos indeterminados – como a “segurança jurídica” e o “excepcional interesse social” –, a decisão de quando esses critérios estão presentes e de quando não estão, ou seja, quando cabe e quando não cabe a modulação pelo Supremo Tribunal Federal passa a ser um “ato de vontade”, tal qual sustentava Kelsen<sup>22</sup>.

Na próxima seção do trabalho, abordar-se-á a postura ativista do judiciário decorrente em grande parte da discricionariedade dos aplicadores do direito, com a finalidade de compreender quais são os limites e os critérios utilizados pelos magistrados para não atuarem de maneira discricionária, sendo-lhes vedado proferir decisões à revelia do texto da lei, da jurisprudência e demais fontes do direito.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Forense, 2004, p. 479.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 479.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 394.

## ATIVISMO JUDICIAL E DISCRICIONARIEDADE – EM BUSCA DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Primeiramente, é interessante esclarecer que “decidir” e “concluir” são duas formas diferentes de resolver um caso. Se, no final de um processo, um juiz chega a uma conclusão, está-se diante do uso “amplo” do poder discricionário por parte do magistrado, visto que ele recorre ao seu conhecimento para encontrar uma determinada solução sobre o caso. Assim, aquilo que Posner atribui à conclusão como um processo de “voltas” no pensamento do julgador, especula-se como um necessário amadurecimento, em que a resposta do problema se dá por conclusão a um conhecimento do juiz. Já a decisão, para Posner<sup>23</sup>, corresponde a uma ação do juiz, o que seria o resultado prático da aplicação do direito pelo juiz.

Mesmo reconhecendo a distinção entre “conclusão” e “decisão”, entende-se que aquilo que venha a dar maior legitimidade à atuação judicial seja a vinculação do juízo ao direito como a existência de critérios para orientar a decisão. Nesse sentido, o juízo não poderia simplesmente decidir, mas se orientar pela legislação, jurisprudência e princípios jurídicos, o que determinaria um limite à atuação judicial naquele caso. Associando o pensamento de Posner com a ideia de Trindade sobre o Pêndulo de Foucault<sup>24</sup>, introduz-se a ideia de discricionari-  
172 riedade na hora da decisão judicial.

Essa indagação sobre o poder de decidir do juízo é o cerne da discussão sobre o poder discricionário. Em poucas palavras: quais são os limites de atuação do Poder Judiciário?<sup>25</sup> Todavia, embora se proponha a preocupação com o exercício do poder discricionário, entende Posner que quanto maior for a hierarquia e quanto mais experiente for o juiz, maior será sua capacidade de compreensão e reconhecimento do direito e, conseqüentemente, maior será o seu poder discricionário. O autor utiliza a expressão “zona de razoabilidade” para indicar a área em que o juiz tem discricionari-  
172 edade para decidir o caso de uma forma ou outra, sem desacreditar-se.

Segundo Posner<sup>26</sup>, “la contidad de actividad legislativa llevada a cabo por um juez depende de lo amplia que considere que es su ‘zona de razonabilidad’, i.e. el área em la cual tiene discrecionalidad para decidir um caso de uma forma

---

<sup>23</sup> POSNER, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Tradução de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011, p. 97.

<sup>24</sup> TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira (Orgs.). *Direitos fundamentais e espaço público II*. Florianópolis e Passo Fundo: Conceito Editorial e IMED, 2011, v. 2, p. 134.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85.

<sup>26</sup> POSNER, 2011, p. 103-104.

u outra sin llegar a desacreditarse”<sup>27</sup>. Contudo, parece que o autor não quer justificar o exercício da discricionariedade do Poder Judiciário. Interpreta-se o raciocínio do autor no sentido de que a “zona de razoabilidade” existe e é maior na medida em que os juízes estão mais preparados para decidir um caso.

Nesse sentido, o autor segue explicando por que a discricionariedade aumenta com a hierarquia e com a experiência. Em relação à hierarquia, diz que, quanto mais alto o tribunal, maior será o poder do juiz, porém esse poder estará compartilhado com os outros juízes que decidirão o caso, limitando, assim, o poder de cada um deles. Quanto à experiência, afirma que, quanto mais experiente for o juiz, mais informação adquiriu e, conseqüentemente, mais preparado estará para julgar um caso.

Ainda, o autor diz que a “zona de razoabilidade” aumenta nos casos de direito constitucional, em que os juízes devem julgar envoltos em suas emoções, porque “el texto constitucional no aporta apenas guias y porque los sentimientos pueden invalidar aquellos factores sistêmicos que habrían de inducirles a frenar su próprio ejercicio de discrecionalidad”<sup>28,29</sup>. *A contrario sensu*, essa zona diminui quando o caso em questão envolve uma na qual já exista um consenso ideológico, por exemplo, o Direito dos Contratos, pois nesses âmbitos, premissas comuns são compartilhadas pelos juízes, o que acaba influenciando as decisões<sup>30</sup>.

Assim, partindo do pressuposto apresentado por Posner acerca do exercício do poder discricionário do juiz, mostra-se necessário indagar pelos seus limites. Geralmente, a pergunta sobre esse tipo de questão está associada ao ativismo judicial, isto é, ao limite de sua atuação e, portanto, interpretação praticada no exercício de sua competência jurisdicional.

Todavia, conceber o ativismo judicial não vem sendo tarefa fácil. Isso porque a doutrina, especialmente no Brasil, ainda não conseguiu delimitá-lo e tampouco elencar seus possíveis sentidos, levando em conta as particularidades verificadas no sistema da *civil law*. Assim, sem estabelecer um conceito prévio sobre o ativismo judicial, entende não ser possível discutir a relação entre ativismo judicial e discricionariedade judicial. Para tanto, recorreu-se aos conceitos de ativismo judicial esboçados na doutrina nacional, na tentativa, mesmo que de forma incipiente, de definir os limites significativos dessa expressão.

---

<sup>27</sup> Tradução livre: a quantidade de atividade legislativa realizada por um juiz depende do que ele considera ser a sua “zona da razoabilidade”, ou seja, a área em que tem discricionariedade para decidir um caso de uma forma ou outra sem ser desacreditado.

<sup>28</sup> POSNER, 2011, p. 105.

<sup>29</sup> Tradução livre: o texto constitucional não fornece apenas orientações porque os sentimentos podem invalidar aqueles fatores sistêmicos que o induziriam a frear seu próprio exercício de discricionariedade.

<sup>30</sup> POSNER, 2011, p. 104.

Elival da Silva Ramos ensina que “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas e controvérsias jurídicas de natureza objetiva”<sup>31</sup>.

Para ele, o problema do ativismo envolve, pelo menos, três questões: (1) o exercício do controle de constitucionalidade; (2) a existência de omissões legislativas; e (3) o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito. Na ideia de Ramos, o ativismo judicial acaba fazendo o judiciário ultrapassar seus limites de atuação impostos pela tripartição de poderes<sup>32</sup>.

André Karan Trindade acredita que, no Brasil, ocorre a institucionalização de um ativismo judicial às avessas, em que os juízes interferem na esfera legislativa, buscando “soluções que atendam aos fins da justiça social, autorizando-os tanto à criação do direito quanto ao gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida na esfera legislativa”<sup>33</sup>.

Para Ramos, não estamos diante de um desvio completo de funções, o que, segundo o autor “em circunstâncias bem delimitadas, pode ser deferido pela própria constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário”<sup>34</sup>, mas sim se vivencia a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”.

174

Em certo ponto, o autor questiona se “o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo constituinte seria o mais adequado para implantar uma democracia”<sup>35</sup>. Ou seja, para o professor da USP, o ativismo judicial traz como pano de fundo “a questão da legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade, que é externa à argumentação estritamente dogmática (juízo de validade formal e de eficácia jurídica), passa ter por foco não a jurisdição constitucional em si, e sim a própria Constituição que a consagra”<sup>36</sup>.

Segundo afirma, “há, apenas no que tange à jurisdição, uma relação íntima entre discricionariedade e interpretação, podendo-se dizer que aquela é parte integrante desta”<sup>37</sup>. Admitindo-se a correlação entre discricionariedade e ativismo judicial, seria possível concluir que o exercício da jurisdição poderia dotar a autoridade competente do poder de exercer a sua discricionariedade de maneira ampla, o que, em última análise, corresponderia à liberdade para o ativismo judicial.

---

<sup>31</sup> RAMOS, 2010, p. 129.

<sup>32</sup> RAMOS, 2010, p. 126.

<sup>33</sup> TRINDADE, 2011, p. 135.

<sup>34</sup> RAMOS, 2010, p. 116.

<sup>35</sup> RAMOS, 2010, p. 125.

<sup>36</sup> RAMOS, 2010, p. 125.

<sup>37</sup> RAMOS, 2010, p. 127.

Assumir esse posicionamento, todavia, parece corresponder ao reconhecimento da tese de Kelsen sobre a aplicação do direito. Como se sabe, para Kelsen, quando a aplicação do direito é feita por um órgão jurídico, “a interpretação cognoscitiva do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”<sup>38</sup>. Ou seja, a aplicação do direito corresponde ao exercício de um ato de vontade.

Daí surge a ideia de que, quando se trata de interpretar a lei, a discricionariedade dos aplicadores do direito aumenta na medida que se deixam tomar por preconceitos, ou seja, quanto mais influenciados por suas emoções, maior é a discricionariedade do ato<sup>39</sup>. Seguindo a linha de Ramos<sup>40</sup>, seria possível associar o pensamento de Kelsen e Hart com a essencialidade da discricionariedade no ato de aplicação do direito. Não é a toa que, para Kelsen, a discricionariedade é da essência da função jurisdicional. E é justamente essa a crítica feita por Streck aos juristas contemporâneos, pois estes não conseguiram superar o antigo positivismo normativista de Kelsen, que admitia a discricionariedade<sup>41</sup>.

Parece que o exercício da discricionariedade judicial, em Kelsen, estaria vinculado à previsão mediante uma norma de competência. Ou seja, tendo determinado órgão competência para decidir, teria ele um poder de livre apreciação, pois a norma de escalão superior não vincula em todas as direções, e, sempre deixa uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação. Esse “espaço” de livre apreciação deixado pela norma de escalão superior é o que Kelsen denomina de quadro ou moldura<sup>42</sup>.

Essa livre apreciação, quando exercida pelo Poder Judiciário, acaba correspondendo à noção de ativismo judicial, aqui entendido, genericamente, como poder de intervenção indevida e independente de qualquer critério anterior.

Ainda na mesma linha, Hart é outro autor explorado por Ramos<sup>43</sup>, no qual se encontra a conexão entre a formulação aberta da lei e a discricionariedade do aplicador do direito. Nesse sentido, afirma Hart que “a textura aberta do direito significa que existem áreas nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso”<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> KELSEN, 2003, p. 394.

<sup>39</sup> POSNER, 2011, p. 86-87.

<sup>40</sup> RAMOS, 2010, p. 122.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

<sup>42</sup> KELSEN, 2003, p. 388.

<sup>43</sup> RAMOS, 2010, p. 121.

<sup>44</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 175.

Clarissa Tassinari entende que é difícil conceituar o chamado ativismo judicial, pois, segundo a autora, existem vários enfoques sobre esse mesmo tema, mas, como pode ser observado no trecho a seguir, Tassinari compactua com o pensamento de Ramos, pois a discricionariedade tem papel fundamental na conceituação dessa expressão. Assim, diante da dificuldade de definir o que é o ativismo, a autora destaca algumas perspectivas de abordagem, ressaltando que, na prática, esses enfoques se misturam: “a) decorrência do exercício do poder de controlar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes; b) sinônimo de maior interferência do Judiciário; c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador”<sup>45</sup>.

A autora traz a para a discussão a conceituação de Veríssimo<sup>46</sup> sobre o problema do ativismo, que, segundo ele, o atual contexto jurídico consolidou o “ativismo judicial (‘à brasileira’)”. Para esse autor, o perfil ativista do Judiciário, que apresenta peculiaridades em relação às demais tradições jurídicas, foi engendrado em um ambiente marcado por duas principais transformações pelas quais passa o Supremo Tribunal Federal: o incremento de seu papel político; e a sobrecarga no volume de trabalho.

A questão acaba remetendo ao objeto principal desta pesquisa, qual seja, apreciar o ativismo judicial na fixação dos efeitos do controle de constitucionalidade. A pergunta que se põe é: nesses casos, o Supremo Tribunal Federal assume uma posição ativista, exercendo a sua discricionariedade na fixação dos efeitos da inconstitucionalidade?

Diante do exposto, crê-se que o Supremo Tribunal Federal age de maneira discricionária quando da fixação dos efeitos da decisão do controle de constitucionalidade, principalmente pelo caráter aberto da legislação que permite aos aplicadores do direito declararem que a decisão modulada somente vigorará em “outro momento que venha a ser fixado”, conforme parte final do art. 27 da Lei n. 9.868/99.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que o presente trabalho cumpriu sua função, qual seja, apresentar, baseado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e a partir da análise de um caso concreto, a modulação, o ativismo judicial e a discricionariedade.

---

<sup>45</sup> TASSARINI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012, p. 23.

<sup>46</sup> VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), p. 407-440, jul./dez. 2008.



Fundado em Ramos, o ativismo judicial concentra, como principais enfoques, o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do direito. Desses pontos, percebe-se claramente a possibilidade de atuação discricionária por parte dos aplicadores do direito, que, principalmente em relação aos dois últimos (omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do direito), se veem “obrigados” a legislar, e, assim agindo, ampliar sua função jurisdicional em detrimento do poder Legislativo, desconfigurando o modelo de Estado fundado na tripartição de poderes.

A política ativista do judiciário acaba remetendo ao objeto principal desta pesquisa, qual seja, apreciar o ativismo judicial, e, consequentemente, a discricionariedade na fixação dos efeitos do controle de constitucionalidade concreto. Buscou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os critérios utilizados pelos ministros para declararem a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e percebeu-se que tal declaração é fundada em critérios subjetivos (segurança jurídica e interesse social), abrindo espaço para eles atuarem de maneira discricionária.

Também, descobriu-se que, em que pese a declaração da modulação no controle de constitucionalidade ter como regra a fixação de efeitos *ex tunc*, o judiciário pode declarar efeitos *ex nunc* ou até mesmo *pro futuro*, como é o exemplo do estudo de caso realizado. A preocupação que fica é: qual o critério jurídico utilizado? Ele será respeitado no futuro?

Ainda, certo é que muitas questões atinentes ao tema foram deixadas de lado, contudo, servirão para novos questionamentos. Entre elas: o ativismo judicial no direito comparado; a evolução do ativismo e o ativismo no Brasil; a origem histórica da modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade; a (in)segurança jurídica dos efeitos *pro futuro*.

Mesmo assim, o trabalho cumpriu sua proposta de, a partir de um estudo de caso, colocar em pauta a contemporânea discussão relativa ao ativismo judicial na modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade, bem como relacionar a postura ativista à discricionariedade judicial.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário/RS. Recorrente: União. Recorrido: Leonardo Cristian Mello Machado. Relatora Cármen Lúcia, julgamento em

09/02/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624857>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário/RS. Recorrente: União. Recorrido: Eduardo Xavier da Costa. Relator: Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 21/06/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=594892&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade/PR. Reque-rente: Governador do Estado do Paraná. Requerido: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Menezes Direito, julgamento em 15.04.09, Plenário, *DJe* 25/09/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603019>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade/SC. Reque-rente: Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Carlos Ayres Britto, julgamento em 24/10/2007, *DJ* 23/11/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagi-nador.jsp?docTP=AC&docID=495518>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário/SP. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Mau-rício Corrêa. Julgamento em 06/06/2012, Plenário, *DJe* 07/05/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>> Acesso em: 13 jul. 2015.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. 2.

NOTÍCIAS. Idade para ingresso na carreira militar, a partir de 2012, deverá ser fixada por lei. STF, 09 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=171591>>. Acesso em: 05 ju 2012.

POSNER, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Tradução de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Ma-lheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle*

## Evidências de ativismo judicial na modulação de efeitos judicial

difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta*, Jacarezinho – PR, 7, p. 45-68, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 231-253.

TRINDADE, André Karam. O Supremo Tribunal Federal e o Pêndulo de Foucault. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira (Orgs.). *Direitos fundamentais e espaço público II*. Florianópolis e Passo Fundo: Conceito Editorial e IMED, 2011, v. 2, p. 127-142.

VERISSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), p. 407-440, jul./dez. 2008.

Data de envio: 18/12/2014

Data de aprovação: 22/07/2015

