

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas
Programa de Pós-Graduação em Ciência Política
Dissertação de Mestrado

Decisões Manipulativas e Separação de Poderes

Estudo sobre a aplicabilidade da *modulação de efeitos* pelo Supremo Tribunal Federal – 1999/2012

Maicon Crestani

Porto Alegre, abril de 2013

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas
Programa de Pós-Graduação em Ciência Política
Dissertação de Mestrado

Maicon Crestani

Decisões Manipulativas e Separação de Poderes

Estudo sobre a aplicabilidade da *modulação de efeitos* pelo Supremo Tribunal Federal – 1999/2012

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientador: Prof. Dr. Luis Gustavo Mello Grohmann

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas
Programa de Pós-Graduação em Ciência Política
Dissertação de Mestrado

Maicon Crestani

Banca Examinadora

Prof.º Dr. Luis Gustavo Mello Grohmann (Orientador)

Prof.º Dr. Alvaro Augusto de Borba Barreto (UFPel)

Prof.º Dr. Paulo Sergio Peres (UFRGS)

Prof.º Dr. Mauricio Assumpção Moya (UFRGS)

AGRADECIMENTO

Ao Professor Gustavo Grohmann, pela orientação séria deste trabalho.

À Fabíola.

RESUMO

Esta pesquisa teve o propósito de analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal na aplicação da modulação de efeitos de suas decisões, instrumento este que passou a vigorar no sistema jurídico brasileiro a partir de 1999, com a publicação da Lei Federal n.º 9.868/99. A escolha do objeto foi pensada como uma forma de entender melhor a relação entre os Poderes da República, tendo em vista que a modulação de efeitos permitiu ao judiciário brasileiro fixar marcos temporais para as suas decisões, o que significa um considerável instrumento de julgamento, com reflexo nas competências dos demais poderes. O trabalho está estruturado da seguinte forma: o primeiro capítulo é dedicado ao referencial teórico e à descrição do cenário político-institucional da época em que a norma objeto de análise foi criada. No segundo capítulo, realizou-se a apresentação do objeto de estudo. Por fim, no terceiro capítulo, foi realizada a análise dos dados coletados.

Palavras-chave: Separação de poderes; decisões manipulativas; modulação de efeitos; judicialização da política.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. REFERENCIAL TEÓRICO	8
1.1 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES	8
1.2 DELEGAÇÃO DE PODERES E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	16
1.3 O MODELO ESTRATÉGICO	26
1.4 RULE OF LAW E TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA DÉCADA DE 90	31
1.5 A INSUFICIÊNCIA DA LITERATURA JURÍDICA	39
1.6 RESUMO CONCLUSIVO.....	43
2. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO JUDICIÁRIO	45
2.1 DEFININDO O OBJETO.....	45
2.2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS NOS CONTROLES CONCENTRADO E DIFUSO	47
3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MODULAÇÃO DE EFEITOS	51
3.1 DESCRIÇÃO DA ATUAÇÃO DO SUPREMO NA MODULAÇÃO DE EFEITOS	51
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73
ANEXO	76

INTRODUÇÃO

A Separação de Poderes é um elemento central na estrutura dos Estados-Nação modernos. Contudo, inexistem um único modelo que possa ser seguido por todas as Cartas Constitucionais dos países que adotam essa forma de divisão de poderes. Ao contrário, observa-se que existem inúmeras formas de configurar essa separação, sobretudo em razão das diferentes competências atribuídas a cada um dos Poderes constitutivos do Estado. Nosso propósito neste trabalho foi o de entender, a partir de uma específica regra institucional do ordenamento jurídico brasileiro, uma das facetas de como os poderes interagem entre si, dadas suas distintas competências dentro do sistema.

Especificamente, este trabalho teve como propósito analisar a atuação da mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro – O Supremo Tribunal Federal –, a partir do estudo de decisões em que este Tribunal apreciou a modulação de efeitos de suas decisões, instrumento este que passou a vigorar no sistema jurídico brasileiro a partir de 1999, com a publicação da Lei Federal n.º 9.868/99.

O tema foi escolhido em razão de ser uma porta de entrada para a análise da relação entre os Poderes da República, isso porque a modulação de efeitos permitiu ao judiciário brasileiro, a partir de 1999, determinar marcos temporais para as suas decisões, traduzindo-se em um considerável instrumento de julgamento, com reflexo nas competências dos demais poderes.

A possibilidade de determinar o *timing* das suas decisões alterou a competência histórica deste Poder que era a de apenas dizer se uma norma é ou não constitucional, porquanto, a partir da existência da modulação, o Supremo Tribunal Federal passou a poder dizer qual o momento (prazo) que suas decisões terão efeitos, o que constitui um rearranjo das competências dos Poderes. O que chama a atenção dessa nova configuração é o seu viés político. A capacidade de determinar o marco temporal da decisão de inconstitucionalidade de uma norma pode ser inclusive o fator determinante da decisão, já que, em alguns casos, embora competente para tanto, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, considerando-se inválida desde sua publicação,

poderia acarretar consequências faticamente indesejáveis. A modulação, portanto, permite ao judiciário uma decisão além do puro debate da constitucionalidade ou não, em tese, da norma, fazendo com que aquele Poder vislumbre as repercussões práticas de suas decisões, tendo mais elementos para interagir no jogo com os demais poderes.

É sobre esse fenômeno que o presente trabalho se projetou, buscando em alguns modelos teóricos um instrumento para melhor compreendê-lo. Além disso, procurou-se cotejar a atuação do Supremo Tribunal Federal com o de outras Cortes Supremas, cujos países também adotaram o regramento da modulação dos efeitos das decisões.

Estruturalmente, o primeiro capítulo é dedicado ao referencial teórico que embasou a realização do trabalho, assim como buscou-se situar a configuração política da época em que a norma objeto de análise foi criada no sistema jurídico brasileiro. No segundo capítulo, realizou-se a apresentação do objeto de estudo, detalhando-se suas características para um melhor conhecimento do que seria analisado. Por fim, no terceiro capítulo, fez-se uma análise dos dados coletados pertinentes ao tema.

1. REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Nesta seção temos como propósito buscar na doutrina da separação de poderes a base teórica deste trabalho. Nosso principal objeto não é fazer um apanhado histórico amplo da teoria, até porque nesse sentido existem inúmeros trabalhos que buscam dissecar a evolução histórica da separação de poderes¹. Pretendemos, pois, trazer ao debate os aspectos vinculados ao poder Judiciário dentro da teoria da separação de poderes e a relação desse poder com o poder legislativo. Além disso, buscamos focar nossa análise em aspectos mais modernos referente à posição que tem o poder Judiciário dentro dessa teoria.

De início, ressaltamos que a abordagem sobre o Judiciário na doutrina da separação de poderes não tem o mesmo destaque que a relação Executivo-Legislativo. Ainda, é importante destacar que a teoria da separação de poderes é o principal vetor que nos conduzirá ao campo da teoria da delegação de poderes e do que tem sido nominado de judicialização da política, assim como é uma forma de abordagem do modelo estratégico, que pretendemos ter como guia para a análise das evidências coletadas neste trabalho.

Para melhor entender o tema em questão, temos de ter em mente que a separação de poderes tem, de um lado, uma abordagem teórica e, de outro, um aspecto eminentemente prático, que se constituiu a partir de desenhos em constituições concretas, como foi o caso da Constituição americana. Ademais, a idéia de separação de poderes é a de um processo contínuo de construção, tendo como pano de fundo problemas ligados à natureza dos governos². Esse processo não teve fim e continua sendo alvo de debates ainda hoje. Portanto, não existe uma única e certa resposta quanto à natureza da separação de poderes. O que se pode dizer é que o objetivo da separação é

1 Entre outros, VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 1998. Indianapolis: Liberty Fund. e PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

² VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund., 1998, p. 23.

evitar a concentração de poder por parte daquele que o detém. Esse é um primado que parece congrega consenso entre os pensadores do tema. Na verdade, o cerne da teoria está em retirar das mãos de uma só pessoa o poder, evitando-se a potencialidade de concentração, que macula a garantia de liberdade³.

O problema prático que está no cerne dos trabalhos da teoria da separação de poderes mantém-se ao longo dos tempos. A indagação que é o fio-condutor dessa teoria é a seguinte: Qual a melhor forma de controlar o governo?⁴. Sob esse aspecto, essa teoria tem uma ligação forte com a concepção institucionalista. Com efeito, ao estudar a relação Judiciário-Legislativo, estamos procurando entender em que medida certos arranjos institucionais interferem nessa relação. Afinal, a teoria da separação de poderes é, antes de tudo, empírica⁵.

Implicitamente, o poder Judiciário tem um amplo poder para dizer se determinado arranjo está de acordo ou não com a separação de poderes. Uma vez que o postulado da separação de poderes está expressamente previsto na Constituição (no caso brasileiro, art. 2.º da Constituição de 88), cabe ao poder Judiciário fazer o juízo de atos legislativos emanados dos demais poderes. A propósito, o objeto deste estudo – a modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais – está sendo questionado nesse sentido por meio de ações de inconstitucionalidade que argumentam que a modulação violaria o princípio da separação de poderes. O curioso é que o próprio Judiciário terá o poder de dizer se há ou não violação do texto constitucional. Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal até o momento não julgou essas ações, embora já haja um lapso temporal de aproximadamente onze anos desde a apresentação desses questionamentos àquela Corte⁶.

³ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, São Paulo: Saraiva, 2000, p.167. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

⁴ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund., 1998, p. 387.

⁵ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund., 1998, p. 387.

As ADIs 2154/DF e 2258/DF questionam a validade do art. 27 da lei n. 9.868/99, que trata do modulação temporal dos efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade. A ADI 2154/DF foi protocolada em 22/02/2000 no STF e a ADI 2258/DF foi protocolada em 27/07/2000. Ainda nenhuma das duas ações foi julgada pela Corte. A ADI 2154/DF foi proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL – e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, enquanto que a ADI 2258/DF foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Embora num primeiro momento a omissão do julgamento de uma ação possa parecer algo normal, é possível que esse não atuar faça parte de uma estratégia dentro de um processo mais amplo. A omissão pode ser encarada como uma forma de manifestação política da Corte⁷. Não só a omissão, mas também o controle de agenda do julgamento dos processos e a protelação para análise de certas demandas podem constituir-se num jogo de forças levado a cabo pelos integrantes do Judiciário⁸.

Na sistematização teórica da separação de poderes, podemos afirmar que o poder Judiciário somente ganha um contorno mais específico na obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis*. Embora Locke já tivesse lançado as bases da teoria moderna, o poder judiciário é ofuscado na obra desse autor. Em *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil* não há uma sistematização das atribuições do poder Judiciário, sendo o parlamento o cerne da engrenagem que anima o sistema, que deve obediência à sociedade civil, real detentora do poder, pois delegou ao estado a proteção da propriedade, mas mantém-se soberana sobre ele.

Portanto, é no Capítulo 6 do Livro XI do *Espírito das Leis* que o Judiciário aparece como um terceiro poder independente, ao lado dos demais (Executivo e Legislativo). De acordo com Vile⁹:

⁷ TAYLOR, Matthew M. *O Judiciário e as políticas públicas no Brasil*. Dados, vol. 50, Rio de Janeiro, 2007, p. 244.

⁸ TAYLOR, Matthew M. *O Judiciário e as políticas públicas no Brasil*. Dados, vol. 50, Rio de Janeiro, 2007, p. 244.

⁹ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund., 1998, p. 96.

The most important aspect of Montesquieu's treatment of the functions of government is that He completes the transition from the old usage of "executive" to a new "power of judging", distinct from the putting of the law into effect, with becomes the new executive function. However, it is in his treatment of the "power of judging" that Montesquieu's greatest innovatory importance lies. He treats the *puissance de juger* as on a par, analytically, with the other two functions of government, and so fixes quite firmly the trinity of legislative, executive, and judicial which is to characterize modern thought.

No entanto, temos de ter em conta que o poder Judiciário, para Montesquieu, era um poder sem expressão, senão nulo¹⁰. Na verdade, na concepção de Montesquieu a função do juiz seria apenas a de pronunciar a lei.

É na concepção defendida pelos Federalistas que o poder Judiciário ganha relevância efetivamente. Não estando voltados para questões teóricas, mas sim para os problemas práticos que a situação histórica impunha, os federalistas, com uma visão desconfiada do poder Legislativo, construíram uma concepção de separação de poderes em que o poder judiciário não deveria ser nulo. A própria Corte americana, em 1803, efetivou sua independência no caso *Marbury vs Madison*, ocasião em que o presidente da Corte, John Marshall, fez o controle constitucional de uma lei. No artigo 78 do Federalista, Hamilton chamou atenção para o fato de que o Judiciário era o poder mais fraco dentre os três, e pregou, portanto, seu fortalecimento¹¹.

A evolução da separação de poderes está imbricada com outro sistema - o sistema de freios e contrapesos, ou *checks and balances* -, sendo que a idéia que sustenta a teoria da separação de poderes tornou-se mais enriquecida com este mecanismo. O *checks and balances* pode ser entendido como uma fiscalização recíproca de um poder sobre o outro, o que torna, na prática, mais eficaz a premissa da separação de poderes, que é a de evitar a concentração do poder por parte de um deles. Conforme Fiorino, Padovano e Sgarra¹², *this mutual control among the government powers is generally known as the system of "checks and balances"*.

¹⁰ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 173. Dos três poderes de que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois. E, como estes têm necessidade de um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito."

¹¹ LIMONGI, Fernando Papaterra. "*O Federalista*": *remédios republicanos para males republicanos*. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os Clássicos da Política*. 14ed. São Paulo: Ática, 2006, pags. 251-252.

¹² FIORINO, Nadia. PADOVANO, Fabio and SGARRA, Grazia. *Judicial Branch, Checks and Balances and Political Accountability*. Paper presented at the seminars of the Center for Economics of Institutions

O mecanismo de freios e contrapesos pode ser encontrado em várias atribuições dos poderes, que demonstram sua capacidade de intervir numa decisão tomada por outro poder. Exemplos dessa natureza podem ser encontrados no poder de veto do Executivo, no controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário e, quanto ao Legislativo, no poder de aprovar nomeações oriundas do poder executivo ou mesmo na prerrogativa da derrubada de veto. Todavia, chamamos atenção para o fato de que nem sempre a finalidade primeira da função de checagem é alcançada. Em alguns casos, o poder de checagem pode levar a um resultado diverso do que originalmente pretendido. Exemplo disso são os achados do trabalho de Moya¹³, em que o autor demonstrou que o poder de veto do presidente brasileiro, criado para a defesa deste em relação aos atos do poder Legislativo, tornou-se uma ferramenta de predominância do Executivo no sistema, o que significa dizer que o plano empírico, em se tratando de desenhos institucionais, pode apresentar um papel diferenciado daquele primeiramente pensado. Essa perspectiva pode ter correspondência também no caso do poder Judiciário. Nosso trabalho, portanto, propõe-se a investigar essa realidade.

Isso porque, num primeiro momento, a modulação de efeitos pode parecer um poder de checagem, uma vez que ela compõe o processo de controle de constitucionalidade, que é um mecanismo de checagem. E, nesse sentido, tratar-se-ia de um poder de controle a ser realizado pelo poder Judiciário.

Na verdade, a idéia de fiscalização que acontece por conta da checagem que os poderes fazem um dos outros tem um caráter eminentemente técnico-institucional¹⁴, que pretende dar uma dinâmica de sobrevivência à teoria da separação de poderes. Nessa perspectiva, a título ilustrativo, os federalistas valeram-se desse artifício institucional para neutralizarem o poder absoluto do Executivo, entregando ao Legislativo maiores controles, assim como puderam dar relevância ao papel do Judiciário, tendo em vista o peso que o Legislativo ganhou na concepção daqueles autores. Foi a partir dessa

of the University of Roma Tre and at the 2001 Annual Meeting of the European Public Choice Society. Disponível em: [http://www.confindustria.it/studiric.nsf/0/009c5f24f1db4d7ac1256ccc005271ce/\\$FILE/WP%20-%20Sgarra%20-%2033.pdf](http://www.confindustria.it/studiric.nsf/0/009c5f24f1db4d7ac1256ccc005271ce/$FILE/WP%20-%20Sgarra%20-%2033.pdf). Acesso em 21/10/2011.

¹³ MOYA, Mauricio Assumpcao. *Executivo versus legislativo: os vetos presidenciais no Brasil (1988-2000)*. Tese de Doutorado. São Paulo, 2006. FFLCH/USP. 168 pags.

¹⁴ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 83.

situação que esse mecanismo ganhou força nos argumentos dos constituintes americanos, passando, a partir daí, a ganhar a denominação *de checks and balances*¹⁵.

Todavia, a modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade é mais do que um poder de checagem. Em verdade, ela representa uma característica de um poder independente mesmo. Explicamos.

Em trabalho dedicado ao estudo da separação de poderes em países presidencialistas latino-americanos, Grohmann (2001, 86) detecta duas insuficiências nas abordagens acerca da separação de poderes, quais sejam: a ênfase no poder Executivo e a uma falta de clareza entre independência e checagem de poder. É a última insuficiência que interessa aqui. Nesse sentido, o autor, visando dar maior clareza a esses conceitos, sistematiza o que entende como um poder independente e um poder de checagem. Quanto ao primeiro - o poder independente¹⁶ -, é identificado como uma prerrogativa exclusiva, que não necessita da concordância de outro poder para ter eficácia.

Já o poder de checagem¹⁷ diz respeito à capacidade de um poder controlar outro poder. Contudo, esta capacidade está desprovida da prerrogativa de formular alternativas. Ora, o controle de constitucionalidade das leis é essencialmente um controle de checagem, uma vez que se propõe a controlar um ato de outro poder e não tem, teoricamente, a prerrogativa de inovar, restringindo-se apenas a pronunciar a constitucionalidade ou não do ato. Contudo, não se pode dizer o mesmo em relação à figura da modulação, que carrega em si a característica de permitir a formulação de alternativas no processo de tomada de decisão. Ao manipularem os efeitos temporais de suas decisões, aos membros do poder judiciário descortina-se uma gama de alternativas quanto ao desfecho do julgamento. E, sob essa perspectiva, é permitido a este poder inovar no processo decisório.

¹⁵ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 83.

¹⁶ Segundo Grohmann (2001, 86), *Definimos que um poder é independente quando suas prerrogativas são exclusivas, isto é, não são decididas em conjunto com outro poder. Decisão em conjunto significa que um outro poder pode alterar a decisão do primeiro, que não haverá decisão se ambos não cooperarem de alguma forma.*

¹⁷ Segundo Grohmann (2001, 86), *O poder de checar é a capacidade de um poder controlar o outro, suas atividades e decisões. Contudo, não pode substituir ou concorrer para decidir nas funções ou*

Chamamos a atenção para esse fato, pois, atualmente, olhando-se o processo de julgamento de ações de inconstitucionalidade, não se pode mais dizer que este é apenas um poder de checagem. Com a introdução no arcabouço institucional do instituto da modulação, o controle de constitucionalidade passa a ser algo além de simples controle, transformando-se num potencial elemento de poder de intervenção no sistema como um todo.

Nossa indagação diz respeito ao alcance desse novo instrumento, no sentido de permitir ao poder Judiciário a realização de um papel predominantemente legislativo no seu exercício.

Como veremos mais adiante ao tratarmos do modelo estratégico para a análise da atuação do poder Judiciário na aplicação da modulação, a concepção de separação de poderes e de checagem recíproca entre os poderes terá uma importância central, haja vista que o modelo estratégico de análise parte da pressuposição de uma relação de interdependência entre os poderes, quando da tomada de decisão por um destes atores. Dessa forma, a separação de poderes, dentro da perspectiva institucionalista, é o elemento que torna viável nossa construção do comportamento estratégico do poder Judiciário, em relação aos demais atores. Na discussão a respeito da relação entre os poderes Judiciário e Legislativo, nossa atenção está voltada para os limites de atuação de cada um desses poderes. Com um entendimento acerca da moderna teoria da separação de poderes, é possível constatar que esse limite é tênue e não existe uma regra que dê conta integralmente das diferenças entre esses poderes. Com efeito, pressupor que a repartição de poderes, atualmente, é resultado do desenho de cada Constituição, concretamente falando, sugere que a fronteira que separa as competências desses poderes ocorre primeiramente no nível institucional, por intermédio da estrutura constitucional, e, posteriormente, pela luta por espaço que travam esses atores em virtude das lacunas deixadas quando da institucionalização das competências.

Se, classicamente, a função do poder Legislativo é a de fazer leis e a do poder Judiciário é a de compor litígios com base nas leis aprovadas no parlamento, o que se vê

prerrogativas assinaladas ao outro poder. Significa a capacidade de impedir a efetividade da decisão tomada ou avaliar e punir os efeitos das decisões tomadas e efetivadas, não de formular alternativas.

atualmente é uma transformação da atuação do poder Judiciário frente às atribuições do poder Legislativo.

Ocorre que esse fenômeno se dá, ora por voluntarismo do poder Legislativo, ora por discricionariedade do próprio poder Judiciário. Não raro, as atribuições de funções que classicamente pertenciam ao poder Legislativo são solicitadas ao poder Judiciário por terceiros, como é o caso, entre outros, do Ministério Público e da Defensoria Pública, que acabam sendo atores indutores de uma participação mais ativa do Judiciário em questões políticas.

Na separação de poderes, a idéia de controle é essencial. O poder Judiciário, nesse perspectiva, tem um papel importante no controle da legislação, bem como sobre os atos da administração pública¹⁸.

No controle da legislação frente à constituição, surge uma relação direta e de tensão entre os poderes Judiciário e Legislativo e, em certa medida, nas relações com o poder Executivo. Com efeito, dada a característica do presidencialismo de coalizão, em que há certa identidade entre o Legislativo e o Executivo, essa relação torna-se mais evidente, pois a oposição buscará o poder Judiciário para tentar mudar essas decisões. No que diz respeito ao controle judicial sobre os atos da administração, trataremos com mais precisão em capítulo específico. Todavia, podemos adiantar que a complexidade do Estado administrativo moderno tem ensejado maior participação do Judiciário no controle das ações deste Estado¹⁹.

Ainda, no que diz respeito ao controle da legislação, o problema que se estabelece é que a lei é constituída de elementos políticos e jurídicos²⁰, que torna problemática a atuação apenas jurídica por parte do Judiciário. A tensão, portanto, entre estes dois poderes é constante e natural. De acordo com Nuno Piçarra²¹, *o controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis levanta, pois, delicados problemas de*

¹⁸ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 259.

¹⁹ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund., 1998, p. 401.

²⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 260.

delimitação entre o poder legislativo e o poder judicial, a analisar em sede de princípio da separação de poderes.

Tem de ser lembrado também que a teoria da separação de poderes se manifesta com uma importância ímpar no sistema de governo presidencialista²², que é o caso brasileiro, por isso a relevância de seu desenvolvimento nesta parte teórica do trabalho.

1.2 DELEGAÇÃO DE PODERES E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A delegação de poderes e a judicialização da política são ferramentas complementares de análise que vamos usar neste trabalho para observar o comportamento do Supremo Tribunal Federal na aplicação da modulação de efeitos de suas decisões. Conquanto possa parecer estranha a utilização de mais de um modelo teórico de explicação de fenômenos, o certo é que nos estudos voltados para a análise da atuação de Cortes judiciais é comum o uso de mais de um modelo teórico. Nesse sentido é o estudo de Fabiana Luci de Oliveira,²³ em que a autora, paralelamente ao seu modelo principal de análise, que é o conceito de profissionalismo, admite outros métodos, tanto da sociologia da profissão, quanto de modelos institucionais, como os modelos *legal* e *estratégico*²⁴.

Portanto, nesta seção, discutiremos essas duas formas de abordagem e veremos em que medida elas podem ser úteis para o estudo do nosso objeto. Começaremos com a teoria da delegação de poderes e, por último, trataremos dos estudos que receberam o rótulo de judicialização da política. A teoria da delegação de poderes pode ajudar a

²¹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 262.

²² GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *A Separação de Poderes em Países Presidencialistas: A América Latina em Perspectiva Comparada*. Revista de Sociologia e Política n. 17: 75-106. Nov. 2001, p. 76.

²³ OLIVEIRA, Fabiana Luci. *Justice, professionalism, and politics in the exercise of judicial review by Brazil's supreme court*. Braz. political sci. rev. 2008, vol.3.

²⁴ OLIVEIRA, Fabiana Luci. *Justice, professionalism, and politics in the exercise of judicial review by Brazil's supreme court*. Braz. political sci. rev. 2008, vol.3, p. 96. *I favour a balance between these four models, considering that legal factors (legal procedures and constitutional principles) interact with extralegal factors (justice's political preferences, economic, social, political and institutional constraints)*

entender as razões da aprovação de uma lei, pelo poder Legislativo, dando poderes ao Supremo Tribunal Federal para decidir além de um juízo jurídico, podendo ir ao plano da realidade para regular situações fáticas. Devemos destacar que os estudos que atentaram para o problema da delegação focaram suas análises predominantemente na relação Executivo-Legislativo. Nossa tarefa, portanto, será a de tentar transpor para a relação Judiciário-Legislativo a lógica da delegação de poderes encontrada nos estudos sobre poderes Executivo e Legislativo.

Na literatura sobre delegação de poderes, alguns trabalhos buscam entender a lógica da delegação de poderes do Legislativo para agências do Executivo, tendo como pano de fundo as características do novo estado administrativo. Nesse sentido é o trabalho de Epstein e O'halloran²⁵, em que a questão central do trabalho é entender por que em certas áreas o poder Legislativo delega poderes ao Executivo e, em outras, mantém para si o poder sobre determinadas matérias. Em última análise, os autores estão preocupados em entender de que forma a discricionariedade entregue a outro poder, por intermédio da figura da delegação, interfere na separação de poderes.

Em alguns casos o legislativo delega alta discricionariedade para o executivo implementar políticas públicas; porém, em certas áreas, o mesmo poder legislativo detalha em exaustão certos projetos, a fim de limitar ao máximo a ingerência do poder executivo. A questão que surge é: o que faz o legislativo agir desta forma? Na verdade, o foco do trabalho de Epstein e O'halloran não está em entender por que o legislativo delega poderes, mas sim entender por que há a delegação de certas matérias e não de outras.

A suposição primeira dos autores é de que a reeleição é o fator que direciona a decisão dos legisladores. Uma vez que o detalhamento de certos projetos é uma tarefa difícil dentro do parlamento, haja vista obstáculos como falta de informação, questões técnicas, etc., torna-se viável a delegação dessas matérias. Todavia, o poder executivo, recebendo esse poder de discricionariedade, pode voltar-se contra os interesses do

in the way Brazil's Supreme Court decides cases. In addition, I highlight one element not emphasised by these models, namely, professionalism.

²⁵ EPSTEIN, David and O'HALLORAN, Sharin. *Delegating Power: A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making Under Separate Powers*. 1997. New York: Cambridge, University Press.

legislativo. Dessa forma, o legislativo vê-se diante de um *trade off*, que por sua vez é solucionado a partir de uma decisão que seja mais atrativa para a corporação.

O exemplo utilizado pelos autores ilustra a lógica de uma possível decisão em delegar poderes. É o caso de segurança na indústria da aviação. Nesse tipo de matéria, o sucesso de uma política de segurança aérea, em princípio, não tende a trazer benefícios políticos aos legisladores. Entretanto, se ocorre uma tragédia, isso será publicizado largamente e trará muitos efeitos negativos para o legislativo. Podemos entender a lógica da segurança aérea como semelhante àquela que ocorre com o goleiro de um time de futebol. Se tudo vai bem, ninguém elogia o jogador, pois ele está apenas cumprindo sua obrigação. Porém, se o goleiro falhar, ele receberá duras críticas. Assim, partindo do pressuposto que o congresso atua como um ator racional, seria interessante delegar esse tipo de matéria ao executivo, porquanto seu custo é mais alto do que seu benefício eleitoral.

Para o objetivo de nosso trabalho, essa questão referente ao tipo de matérias que são ou não delegadas não é tão fundamental como é entender a lógica em si da delegação. Assumindo a ação racional do legislativo, partimos do pressuposto de que a delegação é um expediente que pode ser traduzido nas perspectivas dos legisladores em relação às próximas eleições. Esse comportamento pode ser uma ferramenta explicativa da delegação do legislativo ao judiciário, mantidas as devidas adaptações. Uma vez que o poder judiciário é o poder constitucionalmente responsável por interpretar as leis oriundas do poder legislativo, este poder poderia aprovar leis que são sabidamente inconstitucionais, mas que, pela sua aprovação, traria uma repercussão eleitoral positiva aos legisladores. Caberia ao judiciário, portanto, o fardo de dizer que aquela lei é inconstitucional. Mas, neste caso, o discurso usado pelo legislativo certamente seria o de que o legislativo “tentou” transformar a hipotética matéria em lei. Seria o melhor caminho para o legislativo informar seus eleitores, se isso for necessário em alguma circunstância. Logo, se essa suposição for viável, seria racional ao legislativo delegar certos poderes ao judiciário para resolver questões práticas ligadas à declaração de inconstitucionalidade. Nesse caso, a questão que surge é: não seria a modulação dos efeitos temporais um tipo de delegação dessa natureza? Essa é uma suposição que orientará nosso trabalho no que concerne à relação legislativo-judiciário.

Em delegando poderes ao judiciário para que este “conserte” questões práticas que decorrem da declaração de inconstitucionalidade de lei, o poder legislativo estaria criando uma estratégia para tomar decisões voltadas para seu principal objetivo – a reeleição. Com este expediente em mãos, o legislativo poderia aprovar leis com vistas às próximas eleições, deixando de levar em conta o critério técnico a respeito da constitucionalidade, ou mesmo suas repercussões práticas. Como já exposto, essa é uma hipótese que tomaremos em consideração para analisar o que levou o poder legislativo a aprovar uma legislação entregando ao poder judiciário este tipo de poder.

Mas, para além da questão da reeleição, podemos especular também que a delegação do poder de manipulação de efeitos esteja ligada ao um fenômeno mais complexo, que diz respeito à natureza da relação executivo-legislativo. De acordo com estudos de Figueiredo e Limongi (1998), o caso brasileiro, de meados dos anos 90 em diante, tem sido marcado por um presidencialismo forte em relação ao legislativo. Diante dessa situação, podemos também supor que a delegação de poderes referente à modulação de efeitos possa originar-se da natureza da relação executivo-legislativo. Já que o poder legislativo, por motivos de diversas ordens, atua como um homologador da agenda do executivo, não aprofundando o debate respeitante à constitucionalidade das matérias, é possível imaginar que a delegação de poderes seja uma forma de melhor desenvolver esse papel de homologador, deixando ao judiciário a responsabilidade de julgar a constitucionalidade ou não dos atos que tiveram origem no poder executivo. Sobre isso, Taylor já chamou atenção para a necessidade de trazermos o judiciário para o centro dos estudos respeitantes ao processo decisório brasileiro, em especial no que diz respeito à questão da particularidade do fenômeno presidencialismo de coalizão.

(...) apesar do vasto conjunto de trabalhos que tratam especificamente dos tribunais, a maior parte dos estudos sobre o sistema político brasileiro ignora o papel político deles na hora de descrever o processo decisório no sistema político como um todo. Como consequência, no sofisticado debate sobre instituições políticas brasileiras – e, em especial, sobre o presidencialismo de coalizão –, os tribunais mal aparecem e raras vezes são usados para explicar os resultados da política. As consequências da não consideração do Poder Judiciário para o entendimento do processo de formação de políticas públicas podem ser graves, como mostro a seguir²⁶.

²⁶ TAYLOR, Matthew M. *O Judiciário e as políticas públicas no Brasil*. Dados vol. 50, Rio de Janeiro, 2007.

Conquanto seja um fenômeno evidente na engrenagem dos estados modernos (McCubbins, 1999), podemos verificar algumas críticas em relação ao instituto da delegação de poderes. Essas críticas ficaram conhecidas como a doutrina da não-delegação (*nondelegation doctrine*). Resumidamente, os argumentos que são apontados pela *nondelegation doctrine* sustentam que o instituto da delegação retiraria do poder legislativo o poder de controle sobre aqueles que recebem a delegação. Ou melhor, a delegação tornar-se-ia uma forma de abdicação sobre a matéria delegada, uma vez que a checagem do exercício do poder delegado seria uma tarefa difícil para o poder delegante. Além disso, a delegação (ou, para alguns, a abdicação) ocasionaria dois tipos de desvantagens para aquele que delega. Conforme McCubbins, essas desvantagens podem ser expressas em: *agency losses* and *agency costs*. Na primeira, há uma diferença de resultado entre a escolha feita por quem recebeu a delegação e aquela pretendida pelo poder delegante. Essa diferença é traduzida como uma perda para o delegante, já que não obteve integralmente o resultado pretendido com a delegação. No que diz respeito ao *agency costs*, podemos dizer que se trata do custo em si para manter o agente que recebe a delegação.

Não obstante as críticas apresentadas, McCubbins apresenta inúmeros artifícios institucionais que podem ser utilizados para neutralizar essas perdas. Nesse sentido, o mesmo autor sustenta que delegação é diferente de abdicação, que seria a perda integral do controle realizado pelo poder delegante. A delegação, portanto, permite ao ente delegante o controle sobre o exercício da delegação.

É evidente que essas conclusões foram extraídas da observação da relação executivo-legislativo, mais especificamente no que tange a políticas públicas implementadas por agências executivas ligadas ao poder executivo e que, para poderem exercer suas funções com maior agilidade e autonomia, foram imbuídas até do poder de legislar sobre suas áreas de interesses e executarem as respectivas políticas. Nessa linha, apontando o enfoque para a realidade brasileira, pode-se observar que a criação dessas agências foi uma das tantas criações inseridas na reforma do estado brasileiro, a partir da década de 90, quando da feitura de um desenho estatal contagiado pelas idéias do neoliberalismo. No entanto, para além do panorama executivo-legislativo, é possível imaginarmos essa lógica da delegação numa perspectiva mais ampla, em que é possível

a intervenção do judiciário em questões que, por essência, seriam tipicamente do poder legislativo.

Uma outra crítica direcionada contra a figura da delegação é que ela afetaria o núcleo do princípio da separação de poderes²⁷. No entanto, num nível teórico, esse argumento está ligado à teoria política contratualista. No desenvolvimento da teoria da separação de poderes já apresentada neste trabalho, ficou demonstrado que há uma concepção moderna dessa teoria, fruto de um acúmulo de conhecimento sobre a matéria, que acabou alargando o entendimento que se tinha originalmente sob a ótica da teoria contratualista. Do ponto de vista prático, da forma como está estruturado o sistema institucional brasileiro, cabe ao poder judiciário dizer se essa delegação afronta ou não o princípio da separação de poderes. Como já observamos, existem duas ações diretas de inconstitucionalidade postulando a invalidade do instituto da modulação de efeitos, mas, até o momento, nenhuma delas ainda foi julgada.

Portanto, podemos concluir que, para além de uma teoria, a delegação de poderes é fato na organização do estado moderno. Cabe aos analistas entender as causas e conseqüências desse mecanismo que dá ânimo à dinâmica governamental. É, também, nesse sentido, que se torna possível trabalharmos com uma idéia de estratégia por parte dos atores envolvidos, quando atuam em dependência com outros poderes. É com base nesse quadro teórico que buscaremos entender o que está por trás do empoderamento do poder Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade.

Nesta segunda parte, portanto, desenvolveremos uma idéia ligada ao aumento da participação do poder Judiciário no processo de tomada de decisão em democracias modernas. De certa forma, essa idéia está estritamente ligada ao arranjo da separação de poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos, quando o Judiciário recebe poderes para ter um maior peso nas decisões estatais. Podemos dizer que a judicialização da política não se traduz em um único fenômeno; ao contrário, ela pode ser percebida em diferentes aspectos (COUSO, 30). Assim, a judicialização pode se pronunciar a partir da

²⁷ *A first proposition of many who oppose the delegation of legislative authority is that it is prohibited by the Constitution, in particular by the separation of powers embodied in the constitution.* McCUBBINS, Matthew. *Abdication or Delegation? Congress, the Bureaucracy, and the Delegation Dilemma*. 1999. Regulation, volume 22, n. 02. Disponível em: <http://www.cato.org/pubs/regulation/regv22n2/abdication.pdf>. Acesso em: 26/10/2011.

participação ativa do poder Judiciário no processo decisório, seja por meio de Cortes Constitucionais, seja por tribunais comuns, quando participam como atores relevantes nas decisões que tenham um caráter de política pública. Estudos que têm por objeto o controle de constitucionalidade das leis fazem parte dessa perspectiva da judicialização, uma vez que estão inseridas dentro do processo institucional de tomada de decisões. O Judiciário, quando atua dessa forma, integra uma cadeia de atos que têm por fim a transformação ou a manutenção do sistema político. E, dentro desse processo, ele é o poder não-eleito que toma decisões que têm repercussão na vida política.

Mas a judicialização da política pode ser percebida sob uma outra perspectiva, como por exemplo pelo trabalho de Violaine Roussel²⁸. Esse trabalho é interessante na medida em que busca entender a postura dos magistrados com relação aos escândalos políticos de 1990 na França. A autora se interroga sobre a relação entre a atual situação e as transformações ocorridas na estrutura do corpo da magistratura francesa, desde a instituição de concurso público em 1959 e a criação de uma Escola Nacional de Magistratura. Uma forma de entender esse processo de transformação da magistratura francesa pode se dar a partir da constatação da entrada de novos indivíduos com propriedades sociais diferentes nos quadros da classe. Mas, além disso, vale também como dado relevante a ação de valorização desencadeada dentro do próprio grupo.

Desse modo, a mudança da forma de recrutamento e a instituição da Escola Nacional de Magistratura influenciaram uma nova forma de fazer o Direito pelos atores envolvidos. Nesta mesma perspectiva, outra variante explicativa diz respeito à frustração dos atores com relação ao prestígio da classe. A perseguição a homens políticos e autoridades financeiras é uma forma de compensar a perda de prestígio social desses atores. Em suma, é uma forma de buscar o reconhecimento social. Naquela conjuntura, portanto, o escândalo é fabricado e demonstra as estratégias e os recursos postos em ação por alguns atores, no sentido de sua própria legitimação. Esse aspecto da judicialização da política também pode ser notado no caso italiano. De acordo com Marcos Faro de Castro:

²⁸ ROUSSEL, Violaine. *Scandales politiques et transformation des rapports entre magistrature et politique*. *Droit et Société*. n. 44/45, 2000.

Na Itália, a "politização" da magistratura judicial através de reformas na estrutura da carreira e dos órgãos de representação profissional desde o final da década de 1960 (Guarnieri, 1991), determinou um aumento de intervenções judiciais em setores como as relações industriais, a defesa de "interesses difusos" e a repressão ao terrorismo (e mais recentemente à corrupção).

No Brasil, os estudos levados a cabo pela Ciência Política com a temática do Direito apresentam um viés voltado para o que se costuma chamar de judicialização da política. Os estudos nessa área iniciaram em meados da década de 1990 e têm como base o influente trabalho de Tate e Valinder, *The Global Expansion of the Judicial Power*, publicado em 1995. A referida obra tem como tese central a expansão da atuação do judiciário em nível mundial, em razão de alguns fatores apresentados pelos autores, como o fim do regime autoritário em muitos países e o surgimento de Estados democráticos e, nesse bojo, o próprio processo de internacionalização.

Nessa perspectiva, os trabalhos nacionais que se voltaram para a investigação do tema buscaram em suas pesquisas verificar se havia de fato, no Brasil, o fenômeno da judicialização da política. É interessante notar que grande parte destes trabalhos, em que pese serem realizados por cientistas políticos, tiveram um cunho de certa forma normativista, na linha da obra de Tate e Vallinder, buscando apenas identificar se existe ou não a chamada judicialização da política. A maioria dos trabalhos teve como foco as decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial as decisões em controle abstrato de constitucionalidade.

Nesse sentido, os primeiros trabalhos que trataram esta problemática preocuparam-se em verificar o número de ações diretas de constitucionalidade ajuizadas perante o STF, bem como identificar o número de ações ajuizadas por diferentes atores legitimados a usarem esse tipo de ação. Destacam-se nesse tipo de abordagem os trabalhos de Marcos Faro de Castro, Ariosto Teixeira e Luiz Werneck Vianna. Quanto a esse tipo de abordagem, é interessante a crítica apontada por Ernani Carvalho²⁹, que expõe a insuficiência desses estudos. O que Carvalho quer chamar atenção em seu artigo é que o tipo de estudo conduzido no Brasil sobre a judicialização da política tem privilegiado demais a explosão do número de ADIs ajuizadas perante o STF. Ou seja, a

²⁹ CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Rev. Sociol. Polit. Nov. 2004, n.23, p.127-139.

constatação de uma judicialização da política no Brasil é defendida com base nesse aumento de demandas apresentadas ao STF.

Conforme o autor, é necessário introduzir na agenda de estudos sobre judicialização uma indagação de cunho mais substantivo, a fim de se poder captar manifestações políticas no comportamento dos atores. Nesse sentido, a judicialização da política não pode ser entendida somente a partir de um prisma procedimental, em razão do número de ações ajuizadas. É preciso achar meios de vislumbrar manifestações tipicamente políticas nas decisões judiciárias frente às demais instituições. É interessante o que o autor apresenta como "conceito mínimo de judicialização", o qual leva em conta apenas o "hiperdimensionamento do caráter procedimental". Ele refere que para se caracterizar a judicialização da política é necessário ir além da questão quantitativa. É preciso identificar uma atuação política dos juízes. Conforme Carvalho, o "aumento da demanda judicial não diz se o Judiciário está ou não intervindo".

Atualmente, consta na agenda de investigação os métodos atitudinal e estratégico, que têm sua origem nos estudos americanos sobre a *Supreme Court*. Em que pese a utilidade dessas ferramentas para uma maior profundidade nas pesquisas sobre o Judiciário no Brasil, a sua adoção tem sido desestimulada em virtude das diferenças institucionais entre os países³⁰. Embora Ernani Rodrigues Carvalho sustente o uso desses instrumentos no caso brasileiro, o autor não explica como superar essas diferenças³¹. Uma análise um tanto desfocada da Instituição judiciária é a de Rogério Arantes³², que estudou o fenômeno da constituição e fortalecimento do Ministério Público como instituição autônoma a qual, em virtude das atribuições que lhe foram conferidas, tornou-se importante agente na judicialização de conflitos.

A tese apresentada por Arantes é que o Ministério Público tornou-se o mais importante agente na defesa de direitos políticos e, conseqüentemente, uma vez que esse tipo de direito tem repercussão política, tornou-se também um fomentador da

³⁰ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados vol. 50, Rio de Janeiro, 2007.

³¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Rev. Sociol. Polit. Nov. 2004, n.23, p.127-139, p. 124.

judicialização dos conflitos políticos. O autor afirma que dois fatores são importantes para o entendimento do ativismo do Ministério Público. Por um lado, há uma explicação institucional para o fortalecimento do Órgão, que tornou-se garantidor de direitos coletivos e difusos, em virtude de sucessivos diplomas legais conferirem poderes à Instituição: o surgimento da ação civil pública, nesse ponto, é central como fator explicativo da atuação do Ministério Público. Além disso, a autonomização do Ministério Público em relação ao poder Executivo também é um elemento que deu condições para a ação deste Órgão. De outro lado, esse ativismo ministerial pode ser visto a partir de um *voluntarismo político* dos integrantes da Instituição. Esse voluntarismo é percebido pelo autor a partir de entrevistas realizadas com integrantes da Instituição.

Para Arantes, um conjunto de normatizações levou o MP a ser um importante agente fomentador da judicialização de conflitos coletivos e, como esses conflitos têm conotação política, numa judicialização da política. Além disso, essa dinâmica permitiu uma politização da Instituição do Ministério Público. Portanto, o trabalho desenvolvido lançou novas perspectivas quanto ao estudo da judicialização da política no cenário brasileiro. O que pretendemos chamar atenção aqui parte da constatação de Ernani, no que diz respeito à insuficiência das investigações atuais sobre o Judiciário brasileiro. A busca de uma investigação mais vertical é necessária para uma compreensão melhor da atuação política do Judiciário. Os aspectos discutidos nas seções anteriores parecem ser interessantes ferramentas para esse objetivo. Observe-se ainda que os estudos sobre o ativismo do poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito à atuação do Supremo Tribunal Federal, têm relação com a conhecida doutrina da separação de poderes, a qual também deve ser levada em conta nos estudos sobre o *direito* pela Ciência Política. O próprio processo de escolha de Ministros dos Tribunais Superiores já demonstra a complexidade e as potencialidades do tema, haja vista a participação dos demais poderes no processo³³.

³² ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, 1999.

³³ SANTOS, André Marengo dos. DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à Corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (1829-2006). Rev. Sociol. Polit. [online]. 2008, vol.16, n. 30, pp. 131-149.

Dessa forma, constatamos que a literatura da judicialização da política foi importante por introduzir o Judiciário no cerne das discussões da Ciência Política. Todavia, essa literatura não foi capaz de aprofundar os estudos acerca do comportamento judicial, ficando tão-somente numa investigação superficial do tema. Como já referimos anteriormente, a superficialidade desse tipo de abordagem está ligada ao seu viés eminentemente quantitativo, em detrimento de um olhar mais profundo sobre o tema, com o foco no conteúdo das decisões e sua repercussão na relação com os demais poderes. Diante da fraqueza dos postulados teóricos da judicialização da política, optamos por adotar, ao lado da teoria da separação de poderes e da teoria da delegação de poderes, um daqueles modelos usados pelos politólogos para analisar o funcionamento da Suprema Corte americana. Em que pese a dificuldade de utilizarmos o modelo atitudinal no contexto brasileiro, haja vista a diferença do arranjo político entre os dois países, é possível lançarmos mão do modelo estratégico de análise para melhor compreendermos o comportamento judicial diante dos demais poderes.

Dedicamos, pois, a próxima seção para analisar com mais vagar esse modelo.

1.3 O MODELO ESTRATÉGICO

O desenvolvimento do modelo estratégico como instrumento de análise do papel das cortes judiciais ocorre em decorrência da insuficiência do método atitudinal de análise, sobretudo em países onde não há uma nítida distribuição do pensamento dos integrantes da corte numa linha ideológica definida e antagônica. O caso brasileiro, conhecido pelo multipartidarismo, faz parte desses países em que o método atitudinal não seria aplicável³⁴.

Nesse sentido, o modelo estratégico foi adotado para estudo de casos fora dos Estados Unidos³⁵. Em *The choices justices make*, Epstein e Knight sugerem que não é

³⁴ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados, vol. 50, Rio de Janeiro, 2007.

³⁵ Ver, entre outros, HELMKE, Gretchen. *The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy*. The American Political Science Review, Vol. 96, N. 02

possível levar em consideração tão-somente a preferência política do juiz para se entender como as cortes judiciais decidem. Os autores valem-se do jogo que pode ser percebido no voto dos juízes, principalmente na mudança de comportamento diante de fatores internos (a opinião de um colega) ou externos (constrangimentos que podem ser impostos pelos demais poderes), para sugerir um comportamento racional dos atores. Dessa forma, os autores sustentam que:

Even after we take preferences into account, important questions linger, suggesting the need for a more comprehensive approach and, in choices, we offer one – a strategic account of judicial decisions. This account rests on a few simple propositions: justices may be primarily seekers of legal policy, but they are not unconstrained actors who make decisions based only on their own ideological attitudes. Rather, justices are strategic actors who realize that their ability to achieve their goals depends on a consideration of the preferences of other actors, that choices they expect others to make, and the institutional context in which they act³⁶.

Isso significa que, por meio do modelo estratégico, a motivação ideológica dos juízes deixa de ser a variável explicativa principal. A explicação, então, é buscada na relação que os juízes estabelecem com os demais atores envolvidos, numa concepção de escolha racional, em que a tônica é a maximização dos resultados pretendidos, dentro das possibilidades institucionais.

Há, nas palavras desses autores, uma *strategic interaction*, a qual se desenvolve a partir de uma moldura institucional prévia. Note-se que o viés institucionalista é central nesse método, porquanto os movimentos dos atores estão moldados por regras institucionais que armam a estrutura na qual as estratégias serão colocadas em pauta. Assim, agir estrategicamente significa agir interdependentemente e não apenas a partir de suas próprias crenças ou preferências³⁷. Logo, a escolha estratégica é o resultado das considerações a respeito da perspectiva das escolhas dos demais atores. Isso, não raro, significa escolher perder menos em vez de perder tudo. E a escolha de perder menos implica um resultado diferente do realmente esperado, mas, às vezes, melhor do que

(Jun., 2002), pp. 291-303. Da mesma forma, DA ROS, Luciano. *Decretos Presidenciais no Banco dos Réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação. Mestrado em Ciência Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

³⁶ EPSTEIN, Lee. KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998, p. 10.

³⁷ EPSTEIN, Lee. KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998.

aquele que poderia ocorrer, não fosse a escolha estratégica, antecipando prováveis ações do demais atores envolvidos. Epstein e Knight demonstram que um juiz, antecipando a preferência de seus colegas, que compartilham um resultado diametralmente oposto ao seu, pode tentar trazer os seus votos para um meio termo, o que não significa ver a sua real preferência atendida, mas que também esta não seja radicalmente afastada³⁸.

Como se pode observar, o método estratégico pressupõe um agir sofisticado dos atores (*sophisticated fashion*), e não um agir sincero (*sincere fashion*). É sob essa perspectiva que o modelo estratégico é diferente do modelo atitudinal, uma vez que, no primeiro modelo, a pressuposição é de uma sofisticação na ação do agente, que age com base no movimento dos outros atores³⁹.

Em trabalho que defende o método estratégico, Epstein e Knight observam o aumento expressivo do número de estudos em que o modelo estratégico é aplicado, referindo-se ao fenômeno como uma *revolução* no campo da metodologia dos estudos sobre o Judiciário. Embora a Escolha Racional tenha sido ofuscada durante um período por trabalhos que se valiam da tradição sócio-psicológica, ela voltou a figurar como um método sistematicamente aplicado nos últimos tempos⁴⁰. Uma vez que estudos sistemáticos sobre o poder Judiciário são relativamente recentes na literatura da Ciência Política, existem naturalmente discussões acerca da melhor forma de entender este fenômeno. Como nosso objeto envolve relação entre os poderes, escolhemos trabalhar com o modelo estratégico, o qual parece oferecer ferramentas úteis para entender o comportamento dos juízes em relação a outros atores. Isso não significa rechaçar outros modelos teóricos de análise, mas, como não podemos aplicar todos os modelos existentes, escolhemos então o modelo estratégico, pressupondo, portanto, que os

³⁸ EPSTEIN, Lee. KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998.

³⁹ *Strategic approaches to appellate court decision making, like attitudinal models, usually posit that judges have a goal of making good public policy that is consistent with their own personal political preferences (Cross and Tiller 1998; Epstein and Knight 1998; 2000; McNollgast 1995). But in contrast to attitudinal models that argue that judges vote sincerely to support case outcomes that they most prefer, judges who vote strategically take into account the potential actions of other actors and may modify their behavior in response to probable reactions of others (Baum 1997). The main strategic question facing appeals court judges is usually assumed to be whether they will modify their behavior in order to avoid reversal by the Supreme Court (McNollgast 1995; Songer et al 1994; Klein and Hume 2003). BOWIE, Jennifer Barnes and SONGER, Donald R. Assessing the Applicability of Strategic Theory to Explain Decision Making on the Courts of Appeals. 2009. Political Research Quarterly 62: 393-407.*

⁴⁰ EPSTEIN, LEE AND KNIGHT, JACK. *Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead*. 2000. Political Research Quarterly 53 n.3 625-61 S.

integrantes do STF, em face de questões que envolvem outros poderes, atuam estrategicamente, com base na repercussão que suas decisões acarretarão em outros poderes, haja vista existir uma relação de interdependência entre eles.

Isso também não significa dizer que o modelo estratégico seja imune a críticas. A título de ilustração, o trabalho de Bowie e Songer⁴¹ concluiu pela insuficiência do modelo para analisar a relação das ações de juízes de Cortes de Apelação em referência a decisões da Suprema Corte americana. Nesse estudo, estes autores apontam para o fato de que são falhos os pressupostos que sustentam o modelo estratégico. Bowie e Songer fazem uma acurada revisão bibliográfica sobre o modelo estratégico e, com base em análise estatística e entrevistas com juízes das Cortes de Apelação dos Estados Unidos, concluem que, na relação Cortes de Apelação e *Supreme Court*, não há evidências que demonstrem um agir estratégico dos atores. Conforme esses autores concluíram, o primeiro elemento constituinte do modelo estratégico diz respeito à informação que os atores têm acerca das preferências dos demais envolvidos. Nesse sentido, a informação a respeito das preferências dos demais atores é fundamental, pois é com base nessa informação que os juízes agirão estrategicamente. Além do elemento informação, os juízes precisam calcular os custos de suas ações em relação às decisões da *Supreme Court*. Como claramente demonstrado pelos resultados das pesquisas com juízes das Cortes de Apelação, estes demonstraram ter baixo nível de informação quanto ao que poderia ser modificado pela *Supreme Court* e que também não fazem cálculos dos custos que estas decisões poderiam ter. Além disso, conforme observam os autores e que também foi verificado nas pesquisas, de todas as ações julgadas nas Cortes de Apelação americanas, menos de um por cento (!) serão escolhidas pela *Supreme Court* para serem julgadas anualmente. Apenas a título exemplificativo, apresentamos o que disse um desses juízes acerca da sua informação sobre a revisão feita pela *Supreme Court*: *I have no idea what makes a case certworthy – it is just something I have never thought about; the chance of review of a case I'm working is simply irrelevant*⁴².

Portanto, com base em evidências empíricas, Bowie e Songer concluem que os pressupostos do modelo estratégico não estão presentes na pesquisa que realizaram e

⁴¹ BOWIE, Jennifer Barnes and SONGER, Donald R. Assessing the Applicability of Strategic Theory to Explain Decision Making on the Courts of Appeals. 2009. Political Research Quarterly 62: 393-407.

⁴² BOWIE, Jennifer Barnes and SONGER, Donald R. Assessing the Applicability of Strategic Theory to Explain Decision Making on the Courts of Appeals. 2009. Political Research Quarterly 62, p. 402.

que, portanto, não se pode afirmar que os juízes das Cortes de Apelação americanas atuam racionalmente, numa perspectiva interdependente com relação à *Supreme Court*, como é advogado pelos defensores do modelo estratégico.

Em que pese a importância dos achados de Bowie e Songer, apresentamos as seguintes considerações. A propósito, podemos iniciar pelas últimas afirmações dos autores, segundo os quais:

This study is limited in three noteworthy ways. First, our study is limited to only cases from the United States Court of Appeals. Secondly, our study is limited to an examination of the 1986-1988 time period. Lastly, our interview data only contain 28 appeals court judges from just over half the circuits.

Realmente, a forma como está estruturada institucionalmente a relação entre as Cortes de Apelação e a *Supreme Court* americana faz que com seja difícil existir um agir estratégico dos juízes integrantes das cortes de apelação. Basta o fato de que menos de um por cento das ações cheguem à Suprema Corte para concluirmos que não faz sentido falar-se em previsão de custos e ação estratégica por parte dos juízes das Cortes de Apelação, uma vez que a probabilidade de uma ação ser aceita pela *Supreme Court* é muito pequena. Isso faz com que os juízes dessas Cortes não sejam levados a pensar em revisão de suas decisões por parte da *Supreme Court*.

Dessa forma, malgrado a validade dos achados de Bowie e Songer acerca da impropriedade do modelo estratégico para o estudo das cortes de apelação, o certo é que não podemos generalizar suas conclusões. Nesse sentido, trazendo a questão para o objeto de nossa dissertação, observamos que pode ser pressuposto um agir estratégico na atuação de uma Corte como o Supremo Tribunal Federal em relação a outros poderes. Ademais, como verificaremos mais adiante, uma vez que a modulação de efeitos tem uma incidência predominantemente em questões ligadas ao Estado, podemos concluir que a questão referente à informação que é necessária para o Supremo Tribunal Federal pode ser traduzida numa expressão simples: julgar contra ou a favor dos interesses do Estado (governo), agindo como legislador positivo. Assim, a mais alta Corte do Judiciário brasileiro pode vislumbrar facilmente o seguinte cenário: julgar contrário aos interesses do governo pode significar constrangimentos de diferentes ordens (inclusive a perda do direito de modular efeitos); do contrário, agir

favoravelmente significa manter-se distante de constrangimentos. Isso, todavia, não impede que ocasionalmente o Supremo Tribunal Federal possa agir contrário ao governo, comportando-se, portanto, estrategicamente.

Este raciocínio, na verdade, é o que difere o argumento do modelo estratégico do modelo atitudinal. De acordo com os defensores do modelo atitudinal, o poder judiciário tem garantias institucionais que o permitem agir sinceramente, não necessitando ter de agir estrategicamente, antevendo custos que podem advir de suas ações⁴³.

O trabalho que pretendemos desenvolver tem como pressuposto o agir estratégico do Supremo Tribunal Federal, uma vez que este poder, embora tenha garantias escritas na Constituição de 88, pode sofrer constrangimentos tanto no que diz respeito a questões decisórias quanto de caráter institucional⁴⁴. Dessa forma, aceitamos como correta a idéia de que a preservação de atributos de legitimidade dos tribunais constitui uma característica de alta importância para os seus membros, até porque não são atores escolhidos pelas urnas e concorrem com dois outros ramos do poder que têm sua legitimidade diretamente ligada ao voto. Nesse sentido, essa potencialidade de receber qualquer tipo de constrangimento faz com que possamos adotar a suposição do comportamento estratégico dos membros dos tribunais, sobretudo quando estamos tratando da cúpula do poder Judiciário.

1.4 RULE OF LAW E TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA DÉCADA DE 90

Apresentado o modelo que utilizaremos para tratar da modulação de efeitos na perspectiva do sistema de tomada de decisões brasileiro, buscaremos neste tópico apresentar o cenário do sistema político brasileiro no momento da criação, por via legislativa, do instituto da modulação de efeitos em decisões de controle de constitucionalidade. Assim, é preciso ser entendido que a transformação ocorrida no

⁴³ SEGAL, Jeffrey A. Separation-of-Powers Games in Positive Theory of Congress and Courts. *American Political Science Review*, 91: 28-44, 1997, p. 29.

⁴⁴ DA ROS, Luciano. *Decretos Presidenciais no Banco dos Réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*.

Estado brasileiro na década de 90 tem sua causa num movimento mais amplo, que inclui uma referência internacional de modelos que passam a ser tomados pelas elites locais como forma de re-organizar as instituições estatais, equacionando a relação estado-mercado⁴⁵.

Devemos observar que, no trato desse fenômeno de internacionalização de modelos legais a serem incorporados pelos Estados-Nação, os estudos que se valem de uma perspectiva sociológica de análise demonstram com clareza as nuances dessas relações. Portanto, compreender esse processo mais amplo é condição básica para analisarmos mais de perto as transformações ocorridas no Estado brasileiro.

Nesse sentido, essa literatura trata do fenômeno da internacionalização do Direito, seus símbolos e instrumentos de dominação, assim como sua tendência à resolução de conflitos e manutenção da estabilidade social. Entender o fenômeno da internacionalização do Direito, ademais, é relevante no sentido de facilitar a compreensão das próprias transformações ocorridas internamente, nos sistemas nacionais, sobretudo quando estamos tratando da relação de tribunais com os demais poderes. Nessa perspectiva, percebe-se que as mudanças ocorridas ao longo do tempo em sistemas jurídicos nacionais estão relacionadas a um fenômeno mais amplo de (re)arranjos, que visam a conferir um tom de homogeneidade em sistemas jurídicos mundialmente.

O processo de reestruturação dos sistemas jurídicos nacionais perpassa interesses econômicos que estão na agenda de atores com poder para tanto. O direito, nesse sentido, serve como legitimador desse processo. Como salienta Dezalay⁴⁶, *Os predadores financeiros que estão reestruturando o terreno econômico não precisam lançar o olhar para muito longe antes de se verem cercados de todo o talento legal que necessitam.*

Dissertação. Mestrado em Ciência Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008, pp. 90-91.

⁴⁵ RODRIGUES-GARAVITO, César. *Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America*. Draft version. Forthcoming in Yves Dezalay & Bryant Garth, *Lawyers and the Transnationalization of the Rule of Law*. In <http://www.cesarrodriguez.net/docs/articulos/towardsociology.pdf>. Acesso em: 20/05/2012.

⁴⁶ DEZALAY, Yves. "O big bang e o direito: internacionalização e reestruturação do espaço legal". In: FEATHERSTONE, M. *Cultura global: Nacionalismo, globalização e modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1999.

Ademais, como salienta o mesmo autor, esse fenômeno de globalização do sistema jurídico pode ser visto como um efeito dominó, *uma remodelação completa que aos poucos vai se estendendo por todo o conjunto de estruturas e expectativas que legalizam a cultura legal*⁴⁷. A relação entre Direito e desenvolvimento e as mudanças ocorridas nesse sentido atualmente com a idéia de expansão do *rule of law*⁴⁸ teve sua primeira versão com o movimento *Law & Development*, surgido nos anos sessenta, estendendo-se até os anos setenta.

A síntese apresentada abaixo define com clareza o espírito do *Law and development*:

O termo law and development tem sido utilizado desde que esforços organizados e sistemáticos para reformar sistemas jurídicos foram colocados em prática por agências como a United States Agency for International Development (USAID) durante a década de sessenta - “que marcou o auge da economia do desenvolvimento” (Chang, 2004, p. 20) -, dando origem a uma nova produção teórica fundada em premissas modernizadoras ocidentais, seguindo as teorias dos “estágios” de desenvolvimento econômico, tal como proposto por Arthur Lewis, Walt Rostow e Simon Kuznets, sob forte influência da sociologia sistêmica e evolucionista disseminada nos Estados Unidos por Talcott Parsons. Havia um enorme plano estratégico, colocado em prática por John Kennedy a partir de 1961, voltado à elaboração de “receitas desenvolvimentistas” de como os países

⁴⁷ DEZALAY, Yves. *O big bang e o direito: internacionalização e reestruturação do espaço legal*. In: FEATHERSTONE, M. *Cultura global: Nacionalismo, globalização e modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1999.

⁴⁸ Ao final da Guerra Fria, instituições internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial foram reestruturadas em Washington e tornaram-se os principais atores no processo de reforma das instituições dos países subdesenvolvidos. A partir dessa conjuntura, surgiu a segunda onda do movimento direito e desenvolvimento, capitaneada pelo Banco Mundial sob a bandeira do *rule of law*. A ortodoxia da relação entre direito e desenvolvimento econômico, forjada na década de 90 com forte influência da *new institutional economics* desenvolvida por Douglass North e Oliver Williamson, definia a segurança jurídica como condição para o investimento privado, isto é, defendia a necessidade de definição de “regras do jogo” previsíveis que permitissem a calculabilidade do agente econômico. Economistas das potências ocidentais passaram a analisar o papel do direito e do sistema jurídico no funcionamento do mercado e constataram que a simples liberalização da economia dos países em desenvolvimento não era suficiente para o crescimento econômico na era da globalização: era preciso reformar as instituições. Valendo-se dessas premissas, o Banco Mundial iniciou um intenso processo de estímulo à reforma das instituições legais dos países em desenvolvimento através da publicação de relatórios e diagnósticos sobre o judiciário dos países subdesenvolvidos (Dakolias, 1996; World Bank, 2002). Para a concessão de empréstimos a governos de países em desenvolvimento, o Banco exigia a estruturação do Estado de Direito e o comprometimento com a reforma da estrutura judiciária nacional aos moldes anglo-saxões. O transplante legal focava no direito privado e nos códigos judiciais como forma de empoderar o mercado, criando uma estrutura institucional imparcial através da definição de “regras do jogo” com base num judiciário independente. O Banco Mundial, nessa época, disseminava a ideia de que um modelo institucional pró-mercado poderia servir a todos os países do globo (“one size fits all”). In ZANATTA, Rafael A. F. *O novo direito e desenvolvimento: rumo a uma abordagem crítica? Paper* apresentado como pré-requisito para conclusão do curso “Direito e Desenvolvimento em Sociedades Complexas”, ministrado no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no segundo semestre de 2011 pelos professores Celso Campilongo, Jean-Paul Rocha e Horácio Gago Prialé (PUC-Peru) e participação de Diogo Coutinho.

latino-americanos e africanos (muitos com novos governos independentes) poderiam atingir o nível de industrialização de países como os Estados Unidos a partir da repetição da experiência histórica de modernização capitalista ocorrida no Ocidente. O objetivo político, mesmo que não declarado, era o de acelerar o processo de aproximação entre o “Terceiro Mundo” e os países capitalistas desenvolvidos de modo a evitar o avanço de ideias socialistas revolucionárias (a “ameaça de comunização”), tal como ocorrido em Cuba em 1959. Como resultado deste esforço de reestruturação da política externa do país, juristas das principais universidades estadunidenses foram chamados para integrar instituições responsáveis pelo auxílio à modernização dos sistemas jurídicos dos países em desenvolvimento e deram início ao movimento, surgido dentro do campo de estudos law and modernization, intitulado law and development⁴⁹.

Porém, o movimento do Law & Development teve uma vida curta por vários motivos. A conjuntura política da época era diferente do que aconteceu nos anos noventa, quando o rule of law emergiu. Além disso, como nota Trubek⁵⁰, os recursos para os projetos do Law & Development eram limitados e focados em poucos países, o que não aconteceu com o rule of law.

O que deve ser notado é que a supremacia do Direito ou do “estado de direito” tem como pressuposto a preparação de terreno para a internacionalização do mercado, evitando surpresas e arbitrariedades por parte dos governantes locais. Mas o próprio conceito de *rule of law* é aberto e aceita diferentes interpretações. Essa multiplicidade de significados do *rule of law* implica problemas de dinâmica entre as Agências de fomento (exemplo o Banco Mundial) e os países que recebem a ajuda dessas Agências e até mesmo entre departamentos diversos dentro dessas organizações⁵¹.

Pensar o Direito a partir desse processo de internacionalização abre uma perspectiva diversa para a compreensão dos resultados em nível nacional. O entendimento da dinâmica entre profissões e o trânsito que ocorre entre o campo acadêmico e cargos na esfera governamental nos níveis nacional e internacional

⁴⁹ ZANATTA, Rafael A. F. *O novo direito e desenvolvimento: rumo a uma abordagem crítica? Paper* apresentado como pré-requisito para conclusão do curso “Direito e Desenvolvimento em Sociedades Complexas”, ministrado no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no segundo semestre de 2011 pelos professores Celso Campilongo, Jean-Paul Rocha e Horácio Gago Prialé (PUC-Peru) e participação de Diogo Coutinho. P.1.

⁵⁰ TRUBEK, D. M. *The “Rule of Law” in development assistance: past, present and future.* In: TRUBEK, D. M. & SANTOS, A. *The new law and economic development: a critical appraisal.* New York: Cambridge Un. Press, 2006, p. 78.

⁵¹ SANTOS, A. *The World Bank’s uses of the “Rule of Law” promise in economic development.* TRUBEK, D. M. & SANTOS, A. *The new law and economic development: a critical appraisal.* New York: Cambridge Un. Press, 2006.

contribui para a formatação de um retrato da influência e do peso do capital simbólico na construção da estrutura dos Estados Nacionais. Nesse sentido:

Exportações simbólicas tendem a ser mais bem-sucedidas quando há homologias estruturais entre o Sul e o Norte. Quando as posições estruturais são similares, como eram no tempo dos políticos-bacharéis e são novamente agora, com os técnicos-políticos, o Norte é capaz de exportar as suas próprias lutas internas para o Sul. Estratégias internacionais no Sul se conectam com as estratégias internacionais de atores do Norte lutando suas lutas domésticas. Na verdade, quando as estruturas se encaixam particularmente bem, as exportações não são nem mesmo vistas como exportações⁵².

Ou seja, a chave para melhor entender a arquitetura dos sistemas nacionais deve levar em conta essas questões mais amplas, que transbordam os limites do que hoje conhecemos como Estado, e que muitas vezes são conduzidas de formas não tão explícitas e que por isso mesmo podem ter maior probabilidade de sucesso.

O governo de Fernando Henrique Cardoso inseriu-se dentro desse fenômeno de trocas entre o plano interno e o plano internacional. Nosso objetivo é chamar a atenção para duas características desse governo, que é mais um exemplo do que ocorreu na América Latina como um todo⁵³. De um lado, o governo FHC pode ser descrito como um promotor dessa característica de importação de modelos do Norte, por meio de múltiplas reformas requeridas pelo receituário neoliberal da época. Por outro lado, e numa perspectiva interna para a implementação dessas reformas, o governo FHC valeu-se de mecanismos de cooptação de membros do Congresso para poder fazer passar naquela Casa legislativa o seu projeto de reforma. Portanto, é dentro desta perspectiva que devemos trabalhar com os mecanismos de separação de poderes que vêm regendo as relações entre Executivo, Legislativo e Judiciário, a partir das transformações ocorridas na década de 90. É possível afirmar que ambos os fatores (externos e internos) têm impacto nas características do poder Judiciário que estava em processo de constituição, a partir das bases institucionais da constituição de 88. Nesse sentido, tanto

⁵² DEZALAY , Yves. & GARTH, Bryant. A dolarização do conhecimento técnico profissional e do Estado: processos transnacionais e questões de legitimação na transformação do Estado, 1960-2000. In: RBCS, vol 15, n. 43, junho 2000.

⁵³ RODRIGUES-GARAVITO, César. *Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America*. Draft version. Forthcoming in Yves Dezalay & Bryant Garth, *Lawyers and the Transnationalization of the Rule of Law*. In <http://www.cesarrodriguez.net/docs/articulos/towardsociology.pdf>. Acesso em: 20/05/2012.

o fenômeno da internacionalização da ordem legal, quanto a relação Executivo-Legislativo, acabam de certa forma tendo repercussão na atuação do Judiciário.

Desse modo, quando buscamos entender um comportamento estratégico dos membros do judiciário brasileiro, em especial dos membros do Supremo Tribunal Federal, devemos ter em conta esse cenário mais largo, que é caracterizado por relações de nível internacional e pelas estruturas do jogo interno, que se desenvolve nesse processo de fortalecimento do poder Executivo em relação ao Legislativo.

O processo de transformação dos estados nacionais, especialmente os estados da América Latina, pode ser entendido como uma transformação de estados desenvolvimentistas para estados com características neoliberais (Dezalay, Garth, 2000). Assim, novos atores que chegaram ao poder iniciaram reformas advindas do Norte, especialmente dos Estados Unidos da América. Conforme Dezalay e Garth, novos atores com características técnico-políticas (em contraposição aos bacharéis de direito que monopolizavam o processo de tomada de decisão) incumbiram-se de aplicar nos seus estados medidas condizentes com a cartilha do Consenso de Washington. O Governo FHC é exemplo paradigmático desse tipo de arranjo, que tem como meta a diminuição do estado, com a venda de empresas estatais, e a criação de agências reguladoras desses novos mercados. Mas, para tanto, o corpo técnico-político que pensa esse novo estado também preocupa-se em fortalecer as instituições, tendo como finalidade o livre exercício das ações de mercado. Isso afeta diretamente a estrutura do poder Judiciário. Portanto, como afirmam Dezalay e Garth⁵⁴:

Os economistas têm hoje um interesse muito maior por Direito, como forma de legitimar e preservar as políticas que foram implementadas nos anos 1970 e 1980, assim como as suas posições de poder. Uma parte do interesse recente sobre reforma do judiciário na América Latina vem diretamente de economistas do Estado e de centros de pesquisas que assessoram o Estado. Os economistas do poder reconhecem, crescentemente, que para promover o mercado precisam de instituições fortes e de legitimidade internacional.

Como é possível notar, o processo de internacionalização dos paradigmas neoliberais acaba transformando o desenho dos estados nacionais e, em consequência, a

⁵⁴ DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant – A dolarização do conhecimento técnico profissional e do estado: processos transnacionais e questões de legitimação na transformação do Estado 1960-2000. Revista Brasileira de Ciências Sociais 43, junho 2000, p. 168.

relação entre os poderes. Nesse sentido, podemos dizer que há uma alteração na perspectiva empírica da separação de poderes.

Mas, para levarem a cabo essas transformações, os governos instituídos no poder tiveram que lançar mão de mecanismos de regulação das relações internas com os demais atores envolvidos. Nesse intuito, o poder executivo, a fim de fazer valer seu pacote de mudanças, teve de engendrar relações que o permitissem, legitimamente, transformar um estado pesado em algo mais adequado ao que estava ocorrendo internacionalmente, ou seja, um estado menor. Esse desiderato foi de certa forma alcançado por intermédio de alianças estabelecidas pelo Executivo com o Parlamento.

Acerca do novo desenho institucional que emergiu com a Constituição de 88, uma corrente de analistas do caso brasileiro percebeu que o presidencialismo ali proposto, conjugado com as leis eleitorais, as quais propiciavam um multipartidarismo, não tendia ao sucesso. Ao contrário disso, essa combinação de fatores levaria a recém instaurada democracia brasileira à paralisia, com problemas de governabilidade (MAINWARING, 1993).

De acordo com essa perspectiva pessimista referente ao sistema político instaurado na nova república, os especialistas observaram que o Executivo teria insucessos de governabilidade como o ocorrido no período democrático que ocorreu entre 1946 e 1964, por conta de um Congresso capaz de impor obstáculos à ação do governo.

Em que pese esse diagnóstico sombrio acerca da sorte da nova democracia brasileira, uma nova corrente de autores interpretou a dinâmica Executivo-Legislativo da nova república como um sistema em que o Executivo tem meios para governar. Essa nova corrente de intérpretes chamou a atenção para mudanças institucionais trazidas pela nova Constituição, capazes de possibilitar a ação do poder Executivo sem problemas de paralisia junto ao Congresso Nacional. Dentro dessas mudanças, podemos observar que os poderes legislativos do Presidente da República foram ampliados fortemente e que os líderes partidários foram dotados de poderes de controle sobre suas bancadas, de acordo com os regimentos internos das respectivas casas legislativas (Figueiredo e Limongi, 1998).

Diante dessas circunstâncias, portanto, o poder Executivo é capaz de impor sua agenda junto ao Congresso. Diferentemente do que se podia imaginar, os parlamentares brasileiros não agem individualmente, mas sim de acordo com seus líderes. Esse comportamento está ligado ao caráter de patronagem oferecido pelo poder Executivo em troca de votação de acordo com os projetos do governo.

O governo FHC, arquétipo dessa forma de governar, conseguiu impor sua plataforma de governo, reestruturando o estado brasileiro e fazendo valer as prerrogativas de um poder executivo forte. Com uma coalizão em que lhe garantia sustentação para até mesmo mudar a Constituição com segurança, o governo FHC, constituído de *técnicos-políticos* que angariaram força política com a criação do plano real no governo de Itamar Franco, governo no qual Fernando Henrique era Ministro da Fazenda, iniciaram uma gama de reformas em nível constitucional. É importante frisar que dentro da estratégia desses *técnicos-políticos* a Constituição era um ponto central, pois para que pudessem intervir na estrutura do Estado, necessitavam de mudanças em nível constitucional. Isso talvez explique a preocupação do poder Executivo com decisões em controle de constitucionalidade realizadas pelo Judiciário. Se, de um lado, o governo tinha controle sobre o Legislativo, por intermédio de coalizões, isso não era garantido no Judiciário. Observe-se que a lei que trata sobre o processamento e julgamento das ações de controle de constitucionalidade foi uma iniciativa do poder Executivo sob a batuta de Fernando Henrique. De certa forma, esta lei visou trazer balizas transparentes para a atuação do Supremo Tribunal Federal nesse tipo de julgamento. Essa preocupação do governo FHC em blindar as mudanças constitucionais realizadas durante seu governo, para que outros atores não revertessem essas modificações, pode ser objetivamente observada na introdução do artigo 246⁵⁵ na Constituição de 88, ocasião em que ficou proibida a edição de medidas provisórias para regulamentar artigo da Constituição que teve redação alterada por meio de emenda constitucional entre janeiro de 1995 até 2001, o que representa quase todo o mandato de FHC.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

Na verdade, esse artigo é de uma estranheza gritante, uma vez que trata constitucionalmente de uma questão eminentemente casuística. Todavia, evidencia a preocupação dos reformadores em blindar as transformações feitas durante o auge do governo FHC: o primeiro mandato.

Portanto, é neste cenário que nasce a lei que regulamenta o controle de constitucionalidade e que também é criada a figura da modulação de efeitos a ser realizada pelo poder Judiciário. Este cenário, como vimos, é composto de uma ordem internacional que impõe mudanças na estrutura dos estados nacionais e, no plano interno, temos um Executivo forte, o qual, valendo-se de negociações junto ao legislativo, consegue impor sua agenda de reformas.

Com base nessas características do ambiente político da época de criação da modulação de efeitos nas decisões em controle de constitucionalidade é que criamos a hipótese deste trabalho, a ser analisada na segunda etapa. Assim, uma vez que ordem internacional, sobretudo por intermédio do movimento do *rule of law*, impunha um fortalecimento das instituições – com ênfase no Judiciário -, podemos supor que a modulação é mais um instrumento de empoderamento deste poder, conjugado com o retrato de poder Legislativo controlado pelo poder executivo e que, portanto, transforma-se num homologador da agenda daquele poder, tendo um papel irresponsável no tocante ao processo de tomada de decisões, o que justifica a delegação de poderes eminentemente legislativos ao poder Judiciário. Nossa segunda parte da hipótese diz respeito ao comportamento propriamente dito do poder Judiciário na aplicação da modulação de efeitos. Nossa suposição é que, haja vista as facilidades que a modulação propicia ao órgão decisório, é possível imaginar que o poder Judiciário faça amplo uso deste poder.

1.5 A INSUFICIÊNCIA DA LITERATURA JURÍDICA

Depois de apresentada a ferramenta que utilizaremos neste trabalho para a análise dos dados, assim como de uma breve descrição do ambiente político em que foi

criado o objeto a ser analisado, usaremos este espaço para brevemente apresentarmos a insuficiência da literatura jurídica enquanto instrumento de análise. Achamos importante tratar dessa questão, uma vez que existem trabalhos do campo jurídico que trabalham com o mesmo objeto analisado nesta dissertação.

Com efeito, a análise realizada pela literatura jurídica carece de demonstração empírica. Na verdade, pode-se dizer que a abordagem conduzida no campo do Direito tem um viés estritamente normativo. O que se percebe é que há uma transposição da prática forense para o universo acadêmico, o que significa que as “teses” procuram defender posicionamentos ao invés de submetê-los a testes comprobatórios. Isso pode ser observado naqueles casos bastante relacionados com questões práticas, como também em relação aos estudos referentes à filosofia do direito.

Exemplo paradigmático nesse sentido é a tese sustentada por Ronald Dworkin, autor crítico do positivismo jurídico, que apresenta um modelo teórico em que seria possível, por meio da interpretação, chegar-se a uma integridade do Direito⁵⁶. O que o autor propõe é uma forma de interpretação que, em sua opinião, seria a melhor maneira de chegar a resultados ótimos em casos de difícil decisão (*hard cases*). O autor sugere um modelo em que, numa cadeia de decisões, umas sejam sucessivamente melhores que as outras, buscando-se, portanto, a melhor decisão. Para tanto, Dworkin cria a figura do juiz Hércules, que teria qualidades superiores para construir melhores decisões.

Esse exemplo explicita a tendência normativa no campo jurídico acadêmico. Nesse mesmo sentido, também encontram-se as obras jurídicas que trataram sobre a modulação dos efeitos em controle de constitucionalidade, nosso objeto de análise. No trabalho de Ana Paula Ávila, por exemplo, percebe-se que a autora está interessada em demonstrar a compatibilidade do art. 27 da Lei 9.868/99 com a Constituição Federal. Com esse escopo, constrói argumentos acerca da doutrina da nulidade e da anulabilidade das normas, no sentido de demonstrar que a modulação de efeitos, criada por intermédio de lei, não deve ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O argumento construído pela autora busca criar uma justificativa material para o uso da modulação, a fim de que esta seja utilizada pautando-se pelos *bens jurídicos e*

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

*princípios garantidos na Constituição Federal*⁵⁷. Além disso, sustenta que este método de interpretação não seja utilizado recorrendo-se a *argumentos meramente pragmáticos ou consequencialistas*⁵⁸.

Nessa busca em justificar o objeto, afirma a autora que o possível viés político que pudesse ocorrer por ocasião da aplicação da modulação poderia ser superado fazendo-se uso da argumentação.

É a argumentação que vai auxiliar o intérprete na tarefa de concatenar os diversos argumentos que por ventura se apresentem e, a partir deles, justificar uma decisão a partir dos argumentos preponderantes. Nessa linha de raciocínio, justifica-se a adoção da *regra de prevalência lógico-formal* dos argumentos institucionais em relação aos demais. **Com isso, a possibilidade de aplicação do art. 27, baseada, pura e simplesmente em razões de política judiciária, ou em considerações meramente políticas, fica, aprioristicamente, excluída** (ÁVILA, 172). (O grifo itálico está no original; o grifo em negrito é nosso)

Para o observador dessa elucubração jurídica, salta aos olhos que este tipo de retórica em nada ajuda a entender a atuação real dos intérpretes na aplicação da regra de modulação.

Não pretendemos fazer uma valoração dos argumentos apresentados pela autora⁵⁹, que no círculo acadêmico jurídico pode cumprir suas finalidades sem maiores problemas. Ocorre que, para o nosso propósito, essa literatura não satisfaz, porquanto não visa a descobrir como ocorre o fenômeno, mas sim em defendê-lo sob um determinado ponto de vista. Dessa forma, salienta-se que a bibliografia jurídica sobre o objeto deste trabalho serviu apenas como uma base de dados para nossa análise.

A mesma linha de compreensão do que dissemos sobre a insuficiência da literatura jurídica pode ser encontrada no trabalho de DA ROS sobre poder judiciário e medidas provisórias. Este autor mostra duas tendências que podem ser achadas no

⁵⁷ 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 art. 27 da Lei n. 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 171.

⁵⁸ 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 art. 27 da Lei n. 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 171.

⁵⁹ Este é apenas um exemplo de tantos trabalhos jurídicos que têm o mesmo tipo de enfoque.

interior das faculdades de direito: o formalismo e a visão normativa (DA ROS, 58, Dissertação).

A visão formalista tem como pressuposto uma compreensão clássica da separação de poderes, em que aos tribunais cabe apenas a aplicação da lei. Sob esse aspecto, o juiz seria apenas tradutor da intenção da lei, como entendia Montesquieu. No que tange à visão normativa enquanto modelo de interpretação, a idéia é a mesma daquela que falamos sobre o trabalho de Dworkin. Conforme DA ROS, *os adeptos deste modo de pensar voltam-se a prescrever como os juízes deveriam decidir, indicando inclusive que postura deveriam adotar eles frente às outras instituições do Estado*⁶⁰.

Conforme verificado, esse tipo de análise não é suficiente para o propósito deste trabalho. A visão formalista está num espectro inverso ao que nos dispomos a realizar como método de análise, uma vez que este trabalho parte do pressuposto que a categórica divisão de poderes não se mantém, haja vista a evolução mostrada no primeiro capítulo desta dissertação. No que diz respeito à visão normativa, podemos dizer que essa forma de abordagem está em total desacordo com a metodologia utilizada pela Ciência Política, que busca achar regularidades nos processos estudados, com base em evidências empíricas, e não defender valorativamente um determinado aspecto.

Na realidade, a metodologia da Ciência Política tem como finalidade, a partir de hipóteses, verificar se estas ocorrem na realidade e, além disso, explicar suas causas, conseqüências etc. Na análise feita pela “ciência” do direito, a hipótese não é uma variável a ser testada, via de regra, mas constitui-se em algo a ser defendido como certo e juridicamente aceitável. Isso é o que tem sido feito com os estudos da área do direito sobre a modulação. Não raro, esses estudos têm como objetivo atestar ou não a constitucionalidade da modulação.

Nosso esforço neste trabalho é o de procurar entender o que define o comportamento do Supremo na aplicação da modulação e, a partir do modelo

⁶⁰ DA ROS, Luciano. *Decretos Presidenciais no Banco dos Réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. Dissertação. Mestrado em Ciência Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008, p. 63.

estratégico de análise, conjugado com os outros modelos de interpretação apresentados acima, buscar entender como esse poder atua na relação com os demais poderes.

1.6 RESUMO CONCLUSIVO

Como podemos observar no tópico acima, a literatura jurídica especializada não satisfaz nossas pretensões no sentido de entender o comportamento da mais alta corte brasileira, na aplicação da modulação de efeitos, instrumento que permite uma atuação legislativa do judiciário, em decisões de controle de constitucionalidade. E não satisfaz porque é essencialmente normativa.

Dessa forma, buscamos estruturar nosso arcabouço teórico no modelo estratégico de análise, que leva em consideração uma relação de interdependência entre os poderes que constituem a organização do Estado. Nesse sentido, foi importante fazermos uma incursão na evolução da teoria da separação de poderes, ocasião em que pudemos observar que esta pode ser entendida sob uma perspectiva teórica, por meio do qual os pensadores quiseram demonstrar a importância da separação de poderes para evitar a usurpação de poder se este estiver reunido na mão de um só agente. Mas, além da perspectiva teórica, observamos também que a separação de poderes é o reflexo das constituições concretas dos estados-nação, que organizam suas instituições com um nível maior ou menor de separação, recebendo cada poder dimensões diferentes de atribuições.

A compreensão do fenômeno da separação de poderes é, em última análise, importante para a utilização do modelo estratégico de análise. Outrossim, buscamos evidenciar a reforma a que foi submetida o estado brasileiro, sobretudo a partir da década de 90, por força de contingências externas e internas. Observamos que, no plano internacional, havia uma imposição de reforma dos Estados-nação, no sentido de diminuição deste, porém com fortalecimento das instituições, para dar sustentação e estabilidade ao mercado, conforme preceitos de cunho neoliberal. No plano interno, o governo de então foi capaz de colocar em marcha este pacote de reformas, fazendo uso

de alianças com o poder legislativo, relação em que ganhava votos dos parlamentares de sua base em troca de políticas de patronagem.

Esse foi o ambiente em que o poder Executivo conseguiu aprovar nas duas Casas do Congresso Nacional a Lei n. 9.868/99, que tratou do processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, oportunidade em que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro a figura da modulação dos efeitos temporais das decisões em sede de controle de constitucionalidade, que até então nunca havia existido no Brasil.

Diante dessas transformações, buscamos trabalhar com a literatura referente à delegação de poderes, uma vez que a criação do instituto da modulação dando poderes ao Judiciário para intervir além de um suposto limite jurídico, fez surgir a hipótese que este tipo de conduta poderia ser percebida como uma delegação de poderes, ou mesmo em abdicação de um poder em favor de outro.

Em suma, nosso propósito, nesta primeira parte, foi o de propor um modelo de análise para buscar entender a natureza do instituto da modulação e do comportamento do Supremo Tribunal Federal diante dele. Nesse sentido, buscamos incrementar o rol de trabalhos que têm sido produzidos no Brasil acerca da atuação do poder Judiciário. Com o foco em um objeto bem determinado – a figura da modulação -, pretendemos mostrar o comportamento do Órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, na aplicação de um instrumento que pode ter um viés relevante do ponto de vista político.

A partir de agora, então, com base na teoria desenvolvida, passaremos a olhar mais de perto o manejo dado pelo Supremo Tribunal Federal na aplicação da modulação de efeitos.

2. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO JUDICIÁRIO

2.1 DEFININDO O OBJETO

Nosso propósito, neste tópico, é apresentar de forma mais detalhada o objeto deste trabalho.

A modulação (ou manipulação) temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade inova o sistema de tomada de decisões brasileiro. Na verdade, a modulação quebra o paradigma das decisões de controle de constitucionalidade, em que havia apenas duas possibilidades de decisão: declarar constitucional a lei, e nada se alterar; ou declarar a lei inconstitucional, e essa perder validade desde seu início. Essa foi a regra das tomadas de decisão do Supremo Tribunal Federal até a introdução, no conjunto institucional, da possibilidade de manipulação dos efeitos no tempo.

Assim, por este mecanismo, pode o tribunal, desde que atendidos determinados requisitos, manipular os efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei. Dessa forma, é possível que a decisão produza efeitos em data definida pelo julgador. Esse instrumento de manipulação não é singularidade do caso brasileiro. Há uma tendência de convergência desse tipo de expediente em outros países. No entanto, como nosso objetivo não é o de emitir juízo de valor a respeito da modulação de efeitos, mas tão-somente o de tentar entender como esse mecanismo institucional repercute na relação de poderes no caso brasileiro, não vamos nos deter nesse aspecto. Todavia, podemos considerá-lo dentro de um processo mais amplo como aquele identificado por Tate e Valinder a respeito do efeito global do fortalecimento do judiciário.

A modulação de efeitos foi institucionalizada com a aprovação da Lei nº 9.868/99, que trata do processamento e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade. O art. 27 desta

lei, portanto, introduziu a possibilidade de manipulação das decisões, desde que atendidas algumas formalidades. Na verdade, apenas uma dessas formalidades é objetiva, qual seja, a exigência de um quorum qualificado para a modulação de efeitos: dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal devem votar a favor para que a modulação possa ser adotada. A outra exigência tem um aspecto muito vago, uma vez que exige para a aplicação da modulação dos efeitos que exista risco à segurança jurídica ou que se trate de relevante interesse social.

Como é possível perceber, o poder Legislativo alcança uma prerrogativa ao poder Judiciário, mas ao mesmo tempo impõe restrições ao seu exercício. Na verdade, só a questão do quorum parece um critério de restrição, porquanto os outros critérios, em razão da sua ambigüidade, tendem a ser um instrumento a mais de empoderamento do Judiciário.

Abaixo segue o texto do referido artigo:

Art. 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.

Portanto, atendidos os requisitos impostos pela lei, poderá o Supremo Tribunal Federal aplicar a modulação, criando novos marcos temporais para a validade de suas decisões. Na verdade, a regra contida no art. 27 da Lei 9.868/99 tem inspiração no art. 282, n. 4, da Constituição portuguesa, segundo a qual, por motivos de *segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo*, poderá ser modulada a decisão do Tribunal Constitucional Português.

A lei que cria a modulação de efeitos entrou em vigor no Brasil em 1999, começo do segundo ano do governo FHC, e por isso fizemos questão de chamar a atenção na primeira parte deste trabalho, para as características deste governo. Na verdade, é uma regulação feita onze anos após a proclamação da constituição de 88, período no qual o Supremo Tribunal foi se consolidando na nova ordem democrática. Dessa forma, a regulação com onze anos de existência de um poder como o Supremo,

que ganhou novos contornos com a nova Constituição, pode ser entendido como ato de empoderamento ou, ao contrário, como uma forma de restrição de sua atuação.

O que chama a atenção no caso da manipulação é que, em aplicando-a, o poder judiciário acaba atuando como um legislador, pois deixa de apenas atestar a constitucionalidade ou não de uma lei para ir além, regulando situações fáticas. Além disso, a modulação causa um fenômeno muito peculiar no processo decisório, uma vez que uma lei considerada inconstitucional pode, mesmo assim, regular relações durante um período de tempo. Desse modo, uma lei considerada inconstitucional será considerada válida pelo próprio Órgão para regular um lapso temporal escolhido.

A título ilustrativo, descrevemos uma decisão em que foi aplicada a modulação. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.316, a Corte julgou inconstitucional uma lei do Estado do Mato Grosso, de 1998, a qual criou o Município de Santo Antônio do Leste. Ocorre que a decisão do tribunal ocorreu no ano de 2007 e o Município já existia, de fato, desde sua criação, quase 10 anos de existência, portanto. A declaração tradicional de inconstitucionalidade tornaria nulo todos os atos do Município durante o tempo de sua existência. Dessa forma, os ministros decidiram manipular os efeitos da lei declarada inconstitucional, dando prazo de validade para os atos do Município para mais 24 meses após a decisão. Essa decisão ilustra bem a aplicação do instituto da modulação, mas, além disso, mostra também o peso da discricionariedade da Corte para intervir em questões além da esfera jurídica e agir como se legislador fosse, adequando as questões fáticas.

Trataremos, portanto, a partir de agora, de analisar como o Supremo Tribunal Federal tem manipulado suas decisões, conforme o art. 27 da Lei 9.868.

2.2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS NOS CONTROLES CONCENTRADO E DIFUSO

A modulação de efeitos foi criada para ser aplicada em casos em que o poder Judiciário faz o controle de constitucionalidade das leis. Na verdade, o controle de

constitucionalidade pode ser realizado politicamente, como é o caso do Tribunal Constitucional Francês, que faz um controle da constitucionalidade das leis antes que estas entrem em vigor. Este tribunal não tem natureza judiciária. Ele é um órgão político. Ou o controle pode ser realizado por um órgão de natureza judiciária, como é o caso do Brasil, em que a revisão da legislação em conformidade com a constituição é feita por um órgão do poder judiciário (SILVA, 2005).

Portanto, para nosso propósito, é o controle de constitucionalidade realizado pelo poder judicial que interessa. Cabe lembrar, todavia, que, no Brasil, o poder Legislativo pode fazer o controle de constitucionalidade por intermédio das Comissões de Constituição e Justiça. Porém, esse controle é prévio à criação da lei e essencialmente político. Já o Judiciário faz um controle posterior, repressivo, e, teoricamente, técnico. Além disso, referentemente ao controle de constitucionalidade realizado pelo poder Judiciário, existem dois grandes e diferentes modelos. Estes controles são o controle concentrado e o controle difuso.

No controle concentrado, qualquer lei pode ser levada para a apreciação do poder judiciário, sem que exista uma disputa concreta envolvendo esta lei. De acordo com este sistema, alguns agentes são legitimados pela Constituição a provocarem o controle abstrato de constitucionalidade da lei. Aliás, com a Constituição de 88, houve um considerável aumento do número de legitimados a proporem o controle de constitucionalidade. Antes do advento da constituição de 88 apenas o Procurador-Geral da República, cuja nomeação constituía prerrogativa do chefe do poder Executivo, podia provocar o controle abstrato de leis. Esse aumento dos legitimados tem sido apontado como uma das variáveis indutoras do fenômeno da judicialização da política no caso brasileiro (VIANNA et al, 1999). Como se percebe, o controle é concentrado porque é feito pelo órgão competente para tanto e não por qualquer juiz; é abstrato, porquanto prescinde de um caso concreto para chegar ao Judiciário.

Por outro lado, o controle difuso de constitucionalidade é caracterizado pela possibilidade de todos os componentes do poder Judiciário poderem fazer o controle de constitucionalidade das leis. Neste tipo de sistema, o controle é feito a partir de um caso concreto e é realizado em qualquer grau de jurisdição. Por isso é diferente do controle

concentrado, em que apenas um órgão é competente para dizer sobre a constitucionalidade.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade é jurisdicional desde a constituição republicana de 1891, oportunidade que foi introduzido no Brasil, como influência do sistema norte americano, o controle difuso de constitucionalidade. Embora inicialmente tenha sido regido apenas pelo sistema difuso, as constituições posteriores à de 1891 foram introduzindo elementos do modelo concentrado, culminado na Constituição de 88, a partir da qual o Brasil convive com os dois sistemas de controle. Isso significa que, hoje, no Brasil, é possível fazer o controle abstrato de constitucionalidade, em que os atores legitimados pela constituição requerem ao Judiciário a declaração sobre a constitucionalidade de determinada norma, e para isso não necessita haver uma concreta disputa de interesses e, também, que qualquer juiz pode fazer o controle de constitucionalidade das leis, tendo em vista um caso concreto que esteja sendo julgado.

O que é mais importante nesses dois modelos é a diferença dos efeitos que eles são capazes de gerar. Se uma lei é considerada inconstitucional no modelo concentrado, então o efeito dessa decisão será para todos, indistintamente. É o que na linguagem jurídica é denominado de efeitos *erga omnes*, que significa que os efeitos daquela decisão valerão para todos. Por outro lado, no controle difuso, a decisão terá efeito apenas para as partes envolvidas. Apenas aqueles que foram parte no processo em que foi declarada a constitucionalidade da lei sofrerão seus efeitos. Mas, no tempo, os efeitos são iguais. Tanto no controle concentrado, quanto no controle difuso, o efeito é retroativo. Ou seja, a lei é declarada inconstitucional desde sua origem. Ademias, os efeitos do controle concreto de constitucionalidade podem ser ampliados a todos, mas para isso precisam de um ato do poder Legislativo, conforme art. 52, X⁶¹, da Constituição Federal. E, nesse caso, se o poder Legislativo resolver ampliar esses efeitos, eles serão válidos para o futuro, e não retroativos.

⁶¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988. Art. 52, Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Com o surgimento da lei 9.868/99, tornou-se possível ao poder Judiciário manipular temporalmente os efeitos das suas decisões. Mas, teoricamente, como essa lei trata do processamento e julgamento das ações em controle abstrato, essa manipulação é permitida apenas nesse tipo de controle. Aliás, nosso esforço neste trabalho tem sido o de entender como o Judiciário tem usado essa prerrogativa, dada a sua repercussão política, e o que levou o poder Legislativo a empoderar o poder Judiciário nesse sentido.

Ocorre que, a despeito de a lei 9.868/99 ter permitido a modulação dos efeitos no controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado essa técnica de interpretação também no controle concentrado, ignorando a norma constitucional que prevê a edição de ato normativo do poder Legislativo para ampliar os efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade. No próximo tópico discutiremos com mais profundidade esse fenômeno juntamente com outras ações do poder Judiciário. Mas desde já é possível visualizar como é sensível este jogo entre os poderes.

Antes mesmo da questão referente à aplicação da modulação em controle difuso de constitucionalidade, é interessante destacarmos o fenômeno que a própria literatura jurídica constatou, que é o processo de abstrativização do controle concreto⁶², levado a cabo pelo próprio STF. Esse processo foi constatado em algumas decisões do STF em controle difuso em que os ministros decidiram dar amplo efeito a suas decisões, sem a participação do poder legislativo⁶³. Portanto, esse comportamento chama nossa atenção para o entendimento da separação de poderes na prática e, em particular, no comportamento do Supremo em certas ocasiões, no sentido de ultrapassar os próprios limites da legislação.

⁶² DIDIER JR., Fredie. *Transformações do Recurso Extraordinário*. In: *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006.

⁶³ Exemplos desse tipo de decisão podem ser encontrados nos Recursos Extraordinários 376.852 e 197.917, bem como no *Habeas Corpus* 82.959.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MODULAÇÃO DE EFEITOS

3.1 DESCRIÇÃO DA ATUAÇÃO DO SUPREMO NA MODULAÇÃO DE EFEITOS

Nossa pretensão neste capítulo é analisar as evidências coletadas durante a realização do trabalho. Nossa análise foi efetivada com base em decisões do Supremo Tribunal Federal referentes ao tema. Nesse sentido, realizamos a classificação do conjunto de decisões pertinentes à modulação, com a finalidade de encontrarmos certos comportamentos da Corte. Dessa forma, focamos nossa atenção não só em dados quantitativos, como também o objetivo foi dar atenção para questões de cunho mais substantivo, buscando-se algumas respostas nas fundamentações das decisões, no sentido de compreender regularidades do processo.

Uma questão que deve ser lembrada é que a possibilidade de modulação é uma prerrogativa atraente a qualquer julgador. De certa forma, a modulação tende a tornar mais fácil o trabalho do julgador, porque pode “ajeitar” questões de natureza prática. Todavia, com essa forma de agir, o juiz sai da sua competência de dizer o direito, adentrando ao campo da regularização das situações práticas, que muitas vezes estão ligadas a questões de políticas públicas. Essas considerações são apenas para evidenciar que a modulação traz consigo uma facilidade para o julgamento. E, a partir dessa premissa, buscar entender por que poder Judiciário poderia abster-se de se valer desse instrumento ou, de outra forma, usá-lo com cautela.

Também é preciso dizer que não podemos levar em consideração o uso dos critérios de *segurança jurídica* e *excepcional interesse social* pela Corte para aplicação ou não da modulação. Esses conceitos são muito vagos e não podem ser tomados em consideração na análise dos casos. Na verdade, esses conceitos têm o mesmo nível de indeterminação daqueles constantes para a edição de Medidas Provisórias: *urgência* e *relevância*, não sendo confiável a sua utilização para constatar se uma decisão aplicou com rigor técnico esse tipo de justificativa. O trabalho de Da Ros bem identifica essa dificuldade. (Da Ros, 2008, 175).

A título ilustrativo de como é amplo o uso que pode ser dado a este tipo de expressão, transcrevemos um breve trecho de voto do Ministro Gilmar Mendes:

Essa tentativa, um tanto quanto heterodoxa, de preservar as vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos, com base numa lei posterior declarada inconstitucional, parece carecer de fundamentação jurídica consistente em face da doutrina da nulidade da lei inconstitucional. Ela demonstra, ademais, que o tribunal, na hipótese, acabou por produzir uma mitigação de efeitos com base em artifícios quase que exclusivamente retóricos. Mais apropriado seria reconhecer que, nos casos referidos, a retroatividade plena haveria de ser afastada com fundamento no princípio da segurança jurídica, que, como se sabe, também entre nós é dotado de hierarquia constitucional⁶⁴.

Como se percebe, o Relator do Acórdão está comentando uma decisão em que foi relativizada a retroatividade temporal de uma decisão do STF, que julgou inconstitucional uma certa vantagem pecuniária a servidores públicos. Contudo, os ministros entenderam que os efeitos da decisão não deveriam retroagir, pois dessa forma os servidores teriam de devolver todos os valores recebidos. O Ministro então faz uma crítica aos argumentos utilizados pelos julgadores, taxando-os de retóricos, e sugere que seria melhor ter sido utilizado o argumento da segurança jurídica. Note-se, pois, que explicitamente o argumento da segurança jurídica pode ser usado para justificar qualquer decisão, pela amplitude de seu significado. Portanto, o quê queremos dizer com isso é que não iremos nos deter em discussões acerca dessas expressões, tendo em vista que não chegaríamos a uma conclusão objetiva. Não nos deixaremos cair num debate predominantemente argumentativo, que retiraria o nosso foco de análise. O certo é que são expressões que se prestam a ser utilizadas como retórica, no sentido de justificar decisões em que é permitido esse tipo de argumento.

Na construção do banco de dados⁶⁵ que servirá como fonte de evidências deste trabalho, observamos que a modulação de efeitos foi colocada em discussão em 192

⁶⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MC 2859 (Relator: Ministro Gilmar Mendes, 03.02.2005).

⁶⁵ O banco de dados referente às decisões em que houve discussão sobre a aplicação da modulação foi construído com base no *site* do Supremo Tribunal Federal e no *site* da Rede de Informação Legislativa e Jurídica – LEXML. A pesquisa junto ao *site* do Supremo foi feita na guia *jurisprudência – pesquisa*. Neste campo foi digitada a expressão *modulação*, em houve um retorno de 150 documentos. Ocorre que nem todos esses documentos foram considerados porque nem todos se tratavam efetivamente da modulação constante no art. 27 da Lei 9.868/99. Em alguns casos, o termo *modulação* é empregado para

julgados. Chamamos a atenção para o fato de que, entre estes julgados, encontram-se decisões em controle concentrado de constitucionalidade, mas também julgados que chegaram ao Supremo via recursal, ou seja, julgados por meio do modelo difuso de constitucionalidade.

Estas 192 aparições da modulação ocorreram ao longo de 12 anos. Sendo que neste período o Supremo julgou mais de 130.000^{66/67} ações, podemos concluir que a Corte tem feito um uso restrito deste mecanismo de interpretação constitucional.

Decisões Colegiadas do STF

2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
11.608	10.157	11.134	15.105	11.196	23.082	19.481	17.125	11.219
Total								130.107

Quadro elaborado pelo autor com base nos dados da página do STF, em 09.11.2011.

Uma vez que o Supremo não tem aplicado a modulação apenas para os casos de ações no controle concentrado de constitucionalidade, mas também em casos que chegam à Corte por meio de recurso, podemos considerar o universo de decisões colegiadas da Corte, a fim de fazermos comparação entre o total de decisões e o efetivo número de discussões em que foi aplicado ou não o mecanismo da modulação.

É interessante mencionar que nestas 192 decisões em que a modulação foi discutida, estão incluídas decisões do Tribunal Pleno e das duas Turmas que compõem o STF⁶⁸. A rigor, deveríamos considerar apenas as decisões tomadas pelo Tribunal Pleno,

tratar de modulação de alíquota de impostos, como nos caso do RE 466.312, bem como o termo modulação apareceu tão-somente nas referências bibliográficas do Acórdão, como é exemplo a Reclamação 7358. Em alguns casos, a expressão *modulação* só aparece na indexação do voto, porém não é referido nos votos dos Ministros. Nestes casos, não computamos como decisão em que a modulação foi discutida. A última revisão da jurisprudência sobre a modulação neste *site* foi realizada em 23 de novembro de 2011. No *site* da LEXML, também procuramos pelo termo *modulação*, oportunidade em que foram retornados 201 tópicos sobre modulação. No entanto, nem todos tratavam-se especificamente da modulação do art. 27. Além disso, buscamos nas citações da literatura jurídica decisões que casualmente tivessem escapado daquelas pesquisas anteriores.

⁶⁶ Não conseguimos dados confiáveis referentes aos anos de 2000 e 2001 no sítio do Supremo Tribunal Federal.

⁶⁷ Inicialmente, pensou-se em fazer a comparação do número de casos em que a modulação foi discutida apenas com ações diretas de constitucionalidade e recursos extraordinários decididos pela Corte, uma vez que é nesse tipo de ações que a constitucionalidade das leis é apreciada e, portanto, poderia em tese ser discutida a modulação. No entanto, como encontramos a discussão da modulação em outros tipos de ações, como por exemplo Mandados de Segurança e *Habeas Corpus*, preferimos englobar todos os tipos de decisão, uma vez que, teoricamente, a modulação poderia ser aplicada em qualquer julgamento.

⁶⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIMENTO INTERNO. Art. 3º São órgãos do Tribunal o Plenário, as Turmas e o Presidente. Disponível em:<

pois é o Órgão responsável efetivamente pelo controle de constitucionalidade dentro da Corte. Se tomássemos apenas o Tribunal Pleno como modelo de análise, chegaríamos à conclusão de que em apenas 46 decisões a modulação foi discutida neste Órgão. No entanto, contabilizamos também as Turmas⁶⁹, para termos uma visão mais geral da matéria dentro da Corte, uma vez que as Turmas são compostas pelos mesmos ministros que compõem o Tribunal Pleno, menos o Presidente. Ademais, embora as Turmas não sejam competentes para realizar o controle de constitucionalidade, é nelas que foram discutidos muitos pedidos de modulação em nível de recursos (controle incidental ou difuso). Portanto, a inclusão das decisões proferidas pelas Turmas permite um melhor conhecimento da posição do Tribunal em relação à modulação de efeitos.

Porém, referentemente à efetiva aplicação da modulação, devemos atentar apenas para as decisões do Tribunal Pleno, já que as Turmas são incompetentes para o julgamento de constitucionalidade das leis. Na verdade, é em razão da incompetência destes órgãos fracionários para o julgamento da constitucionalidade das leis que todos os recursos ali julgados não aplicaram a modulação.

Também temos de esclarecer que duas matérias julgadas pelo Supremo foram alvo de muitos recursos, sendo que, em razão disso, muitas decisões são repetições de um mesmo tipo de pronunciamento. Trata-se de duas matérias de cunho tributário. A primeira delas, que trata de recurso do Município do Rio de Janeiro, pedindo modulação da decisão do Supremo que considerou uma lei municipal tributária inconstitucional, gerou 49 decisões no mesmo sentido. A segunda, referente a recursos de empresas contra a União, pedindo a modulação do Supremo para a declaração de constitucionalidade de norma tributária, gerou 89 decisões com idêntico teor. Se considerarmos cada bloco desses como uma unidade, concluímos que a modulação foi discutida em apenas 54 oportunidades, ao todo. De uma forma ou de outra, dada a comparação com o volume de ações julgadas pela Corte desde o início da vigência da lei que instituiu a modulação, o número de aparições do instituto da modulação ainda é irrisório quantitativamente.

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Outubro_2011.pdf. Acesso em: 14.11.2011.

⁶⁹ As Turmas são consideradas um Órgão do Supremo Tribunal Federal e são divididas em duas, cada uma composta por cinco Ministros, menos o Presidente. O Presidente de cada Turma será o Ministro mais antigo.

Assim, considerando-se esse conjunto mais amplo de decisões, verificamos que, de 192 decisões em que houve discussão acerca da aplicação da modulação, nem todas resultaram na sua efetiva aplicação. Na verdade, a modulação foi aplicada apenas em 29 decisões deste universo de 192.

Desse modo, diferentemente do que havíamos previsto, a atuação do Supremo na aplicação da modulação é muito baixa. Um outro aspecto que pode ser percebido é que, diferentemente do que poderia ser imaginado, não há um aumento substancial da utilização dessa técnica de interpretação ao longo do tempo, conforme o quadro abaixo. Embora pudesse ser esperado um crescimento considerável ao longo do tempo referente ao número de decisões aplicando a modulação, observa-se que, efetivamente, nos anos de 2007 e 2008 houve um maior número de decisões nesse sentido, mas nos três anos seguintes houve uma diminuição novamente.

Quadro demonstrando o número de modulações por ano

ANO DE JULGAMENTO	QUANTIDADE DE DECISÕES
2002	01
2004	02
2005	01
2006	02
2007	09
2008	06
2009	03
2010	01
2011	04
Total	29

Quadro elaborado pelo autor com base nos dados da página do STF.

Para uma visualização desses dados de forma completa, apresentamos o quadro abaixo, que identifica o tipo de ação julgada a cada ano:

Quadro demonstrando o número de modulações por ano

ANO JULGAMENTO	TIPO DE AÇÃO
2002	ADI 261
2004	RE 197.917
2004	ADI 3022
2005	MC 2859
2006	ADI 662

2006	HC 82.959
2007	MS 26.604
2007	ADI 3316
2007	ADI 3689
2007	ADI 3489
2007	RE 401.953
2007	MS 22602
2007	MS 22603
2007	ADI 2240
2007	ADI 3819
2008	ADI 2501
2008	ADI 3458
2008	RE 560.626
2008	RE 556.664
2008	RE 559.943
2008	MS 3660
2009	ADI 3430
2009	ADI 2904
2009	ADI 4009
2010	ADI 3601
2011	RE 500.171
2011	ADPF 156
2011	ADI 4140
2011	RE 600.885

Quadro elaborado pelo autor com base nos dados da página do STF.

Apenas nos anos de 2007 e 2008 houve um número mais expressivo de julgamentos utilizando a modulação, em comparação aos demais, mas isso não representa um aumento do uso desse tipo de técnica ao longo do tempo, visto que nos anos seguintes o número de decisões que utilizaram a modulação voltou a ser semelhante àquele dos primeiros anos.

O que chama a atenção é o fato de que, embora pouco utilizado, o instituto da modulação ainda não foi declarado inconstitucional pelo Supremo, mesmo havendo duas ações diretas de inconstitucionalidade questionando a validade da norma, por afrontar, entre outros, o princípio da separação de poderes. Segundo o modelo estratégico, em que há um cálculo acerca da própria ação em perspectiva com os demais atores, podemos entender que o Supremo atua dessa forma, no sentido de não se desgastar em relação aos demais poderes numa aplicação irrestrita da modulação, mas preservando a prerrogativa para ser usada quando necessário.

Com base nos dados apresentados acima, podemos constatar que o comportamento do Supremo Tribunal Federal é diferente do que ocorreu com Cortes Supremas em países que adotaram legislação semelhante à figura da Modulação. Em países como Portugal e Alemanha, o uso deste tipo de mecanismo foi ostensivo, gerando críticas por parte de especialistas. Como pode ser observado no trecho abaixo transcrito⁷⁰, estes países fizeram ampla utilização da técnica da modulação, assim que os respectivos ordenamentos jurídicos permitiram essa ação:

(...) em Portugal, a excessiva aplicação de dispositivo constitucional muito semelhante ao estudado foi objeto de repreensão pela própria jurisprudência, ressaltando o dever de se manter seu caráter excepcional e demonstrando que ocorreria um incentivo à promulgação de leis inconstitucionais, pois sempre haveria a possibilidade do judiciário manter os efeitos produzidos por essas leis. Na Alemanha, a doutrina também questiona a facilidade com que o Tribunal Constitucional deixa de conceder efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade.

Como é possível observar, nossa hipótese segundo a qual a facilidade proporcionada pelo uso da modulação faria com que esta fosse bastante utilizada teria sido perfeitamente comprovada na atuação das cortes européias. Como já observado, embora recebesse reprimenda por parte dos especialistas, pelo caráter político dessa atuação, a atuação dessas cortes foi expressiva no uso da manipulação.

O caso de Alemanha e Portugal demonstra um comportamento ativo na aplicação da modulação, uma vez que nestes países há legislação permitindo o seu uso. Mas interessante também são os casos de Itália e Espanha, em que, mesmo não havendo legislação, as cortes constitucionais destes países valeram-se de idêntico método em seus julgados, com o mesmo grau de atuação que os países em que havia legislação permitindo a manipulação. Em Itália e Espanha, a modulação é aplicada a partir do voluntarismo do próprio tribunal e não fruto de legislação neste sentido⁷¹.

Em que pese esse tipo de atitude dos tribunais europeus, o comportamento do Supremo Tribunal Federal foi diametralmente oposto, uma vez que a aplicação desse tipo de interpretação, em doze anos, foi ínfima.

⁷⁰ VELANO, Emília Maria. *Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Tributária*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 18..

Portanto, é viável imaginarmos que existe uma razão para o Supremo comportar-se dessa maneira, uma vez que, pela ordem natural das coisas, o uso da modulação seria algo a ser amplamente utilizado, pelo menos no início de sua vigência, como demonstram os exemplos daquelas cortes.

De certa forma, este baixo número de aplicação da modulação vai ao encontro de estudos que não identificaram ativismo judicial por parte do Supremo⁷² (em que pese outros trabalhos terem identificado uma *judicialização da política*).

Não obstante, uma vez constatada a baixa aparição de casos em que a modulação foi aplicada no caso brasileiro, numa perspectiva comparada com outros países em que há permissão legislativa para tanto, o interessante é notar que o comportamento do Supremo é contraditório em algumas situações. Embora esta Corte esteja fazendo uso restrito do expediente da modulação, a verdade é que, por outro lado, ela expandiu a aplicação desse instrumento para as decisões tomadas em nível de controle difuso. Ocorre que, de acordo com a legislação que introduziu a modulação, esse tipo de técnica deveria ser utilizada apenas nos casos de controle concentrado, porquanto a lei instituidora da modulação não se refere ao controle difuso. Uma construção interpretativa dentro do Supremo acabou manipulando os efeitos temporais das decisões para além do controle concentrado de constitucionalidade.

O caso paradigmático em que o Supremo aplicou a modulação em controle difuso de constitucionalidade foi no Recurso Extraordinário 197-917, que tratava do número de vereadores do Município de Mira Estrela. Explicamos.

Numa decisão de primeiro grau, o juiz reconheceu a inconstitucionalidade de norma do Município de Mira Estrela, que fixava o número de vereadores. Nesta decisão, por entender inconstitucional a fixação do número de vereadores por lei municipal, o juiz reduziu de onze para nove o número de vereadores daquele Município. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou integralmente a decisão. Então, o

⁷¹ VELANO, Emília Maria. *Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Tributária*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 17.

⁷² Nesse sentido, OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 3, 2005, pp. 559 a 587.

Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal.

O Plenário do Supremo, em 07 de maio de 2004, entendeu que a Constituição Federal exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios. Dessa maneira, entenderam os ministros que deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais seria burlar a exigência constitucional do princípio da proporcionalidade.

Todavia, ao constatarem a inconstitucionalidade da lei impugnada, os Ministros observaram que já existia uma situação consolidada e que, em razão disso, deveriam aplicar a modulação, como pode ser observado na ementa do Acórdão abaixo transcrito:

Ao constatar-se a inconstitucionalidade da lei impugnada, a situação consolidada deve ser respeitada, em nome do princípio da segurança jurídica. A declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Fazendo prevalecer o interesse público, conferiu-se, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade⁷³.

Neste julgamento, o plenário do Supremo aproveitou para formatar parâmetros para o número de vereadores conforme a população dos Municípios, o que passaria a ser válido para todos os municípios a partir desta decisão. Porém, se não fosse possível a manipulação dos efeitos da decisão, talvez os ministros da Corte nem declarassem a inconstitucionalidade, uma vez que a retroatividade dos efeitos acarretaria muitos problemas no plano dos fatos, como pode ser percebido nos argumentos dos Ministros. Com isso, o Supremo, voluntariamente, ultrapassou os limites da legislação, aplicando o instituto da modulação no controle difuso de constitucionalidade. Logo, se por um lado o Supremo atua parcimoniosamente com relação à aplicação da modulação, em termos quantitativos, por outro lado ele expande esse tipo de interpretação para casos além dos permitidos pela legislação, como foi no caso de Mira Estrela.

Levando em consideração o fato de que até o momento a Corte não julgou duas ações que questionam a constitucionalidade da modulação, é possível concluir que,

embora pouco utilizada, o Supremo não tem demonstrado interesse em julgar estas ações que questionam a modulação e, mais do que isso, estende seu uso para além do campo do controle concentrado, aplicando também em casos de controle difuso.

Numa perspectiva quantitativa, das 192 decisões em que encontramos discussão acerca da modulação, apenas 27 delas tratava-se de controle concentrado de constitucionalidade. As 165 decisões restantes diziam respeito ao controle difuso (Recursos Extraordinários, Mandados de Segurança, *Habeas Corpus*, entre outros).

Claro que em muitas dessas ações em controle difuso não houve a aplicação da modulação, mas apenas a discussão a respeito do seu cabimento. Contudo, o argumento para a não aplicabilidade da modulação não foi o de que se tratava de controle concreto de constitucionalidade.

Na realidade, pudemos constatar um equilíbrio entre o controle concentrado e o controle difuso no que diz respeito ao número de decisões em que a modulação foi efetivamente aplicada, conforme quadro abaixo⁷⁴.

Controle Concentrado	Controle Difuso
16	13

Quadro demonstrando aplicação da modulação nos controles concentrado e difuso
Quadro elaborado pelo autor

Como pode ser constatado, há um equilíbrio entre o controle concentrado e o difuso na efetiva aplicação da modulação pelo STF. Nas 29 oportunidades em que a modulação foi aplicada, 16 delas foram em sede de controle concentrado e 13 em controle difuso, demonstrando como o tribunal construiu a aplicação da modulação neste último tipo de controle, embora, em tese, em desacordo com a legislação que introduziu a modulação.

Outro questionamento referente à modulação diz respeito aos fatores que levaram à elaboração da lei instituidora desse instituto. Diferentemente de um empoderamento do Poder Judiciário, como pode representar a criação da modulação de

⁷³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 197.917. Decisão em: 24.03.2004.

efeitos, podemos observar que, antes de tudo, na verdade, a institucionalização da modulação de efeitos é uma ação no sentido de restringir a atuação da Corte nesse sentido. Embora o Poder Judiciário tenha ganhado relevância a partir da democratização do estado brasileiro, sobretudo a partir da promulgação da Constituição de 88, condizente com um sistema mais amplo como o do espraiamento da doutrina do *rule of Law* e do novo constitucionalismo, existem ainda muitos pontos que são sensíveis na relação entre os poderes, e que transparecem uma atuação estratégica desses atores.

Assim, como verificamos, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já vinha se valendo de mecanismos parecidos com o da modulação de efeitos em suas decisões, necessitando apenas o quorum de uma maioria simples, a institucionalização da modulação de efeitos faz transparecer uma iniciativa do Poder Legislativo no sentido de dificultar a atuação do Poder Judiciário nesse tipo de decisão. Além disso, o próprio ato do Poder Executivo em dificultar a modulação de efeitos por parte do Judiciário e não proibi-la de vez, pode ser inserido dentro de um processo estratégico, em que o poder executivo não optou pela decisão extrema de abolição do instituto. É de se observar que a elevação do quorum de maioria simples para dois terços permite ao Poder Executivo garantir a não aplicação da modulação de uma decisão que seja em seu desfavor tendo apoio apenas de quatro ministros no Supremo.

Por outro lado, em que pese nossa hipótese ser a de que o Supremo valer-se-ia com grande frequência do instituto da modulação de efeitos, haja vista a facilidade que este traz para “acomodar” suas decisões ao mundo fático, observamos um baixo número de aplicação desse tipo de técnica de interpretação. Esse comportamento transparece um comportamento estratégico da corte em não levar às últimas conseqüências uma prerrogativa que pode lhe ser útil em determinadas situações.

Um dos eixos da reforma do estado levado a cabo pelo governo de Fernando Henrique Cardoso foi o da responsabilidade fiscal, diminuição da dívida pública, enfim, medidas visando ajustar as contas de governo. Dessa forma, a perda de vultosos valores em condenação judicial, sobretudo no que diz respeito em matéria tributária, deveria ser

⁷⁴ O Quadro completo, com a especificação das ações, consta no Anexo deste Trabalho.

ao máximo evitado, de acordo com o projeto governamental, que refletia um projeto mais amplo, de cunho neoliberal⁷⁵.

Caso emblemático que requer um olhar mais de perto, porque envolve, por um lado, interesse da União e, de outro, as *sociedades civis de prestação de serviços legalmente regulamentados*, (o que equivaleriam aos profissionais liberais), é o do julgamento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS. Esse caso é interessante porque envolve diretamente grupos de interesse e a união, assim como uma quantidade de valores considerável. Eis o caso.

O Supremo Tribunal Federal rejeitou os Recursos Extraordinários 377457 e 381964, por intermédio dos quais os profissionais liberais sustentavam que era inconstitucional a revogação de uma lei complementar (LC 70/91) que isentava a cobrança desse tributo por uma lei ordinária (Lei 9.430/96). Não vamos entrar nos detalhes técnicos sobre lei complementar e lei ordinária. O caso é que havia uma lei que dava isenção a essas sociedades referente ao pagamento da COFINS. Posteriormente, uma outra lei revogou essa isenção. O que essas empresas sustentavam era que a lei que acabou com a isenção não era tecnicamente adequada para isso.

Todavia, o Supremo entendeu que a lei que acabou com a isenção era válida, então as sociedades deveriam pagar à União esse tributo, retroativamente, desde 1996. Essas empresas, então, pediram⁷⁶ para que o Supremo modulasse a decisão, fazendo com que, dessa forma, os efeitos do julgamento fossem somente para o futuro e esses empresários não fossem obrigados a devolver os valores referentes a todo o período passado, desde 1996.

O resultado acabou sendo favorável à União. Dos 11 Ministros do Supremo, 5 votaram a favor e 5 votaram contra a modulação. Ocorre que, para ser possível a

⁷⁵ OLIVEIRA, Gesner; TUROLLA, Frederico. Política econômica do segundo governo FHC: mudança em condições adversas. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 15, n. 2, Nov. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php>. Durante o primeiro mandato, os esforços de política fiscal foram canalizados para uma proposta de reforma estrutural, especialmente com a tentativa de aprovação de emendas constitucionais e de legislação voltada para a redução do déficit previdenciário e alterações na estrutura administrativa do setor público, além de ações patrimoniais como a privatização e o reconhecimento de passivos contingentes. Adicionalmente, o governo federal envidou esforços para conter a expansão fiscal dos governos subnacionais.

modulação, é necessário dois terços dos ministros, ou seja, 8 votos. Dessa forma, as sociedades liberais ficaram obrigadas a entregar aos cofres públicos um valor expressivo a título de tributos. Nos debates acerca da modulação ou não, fica evidente o caráter casuísta dos argumentos apresentados, denotando assim o caráter político da decisão.

Com efeito, ao todo foram 89 decisões negando a modulação em favor dessas empresas. É o maior número de decisões sobre modulação referentes à mesma matéria. Esses dois recursos foram os *leading cases* sobre o assunto, mas muitos outros recursos foram interpostos neste sentido. Em um destes⁷⁷, na argumentação de um dos advogados das sociedades de profissionais liberais, foi dito que havia um projeto de lei tramitando no Senado Federal, de autoria do Senador Eduardo Azeredo, o qual visava a modular os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal que trataram sobre a COFINS! Ora, uma vez que não conseguiram fazer valer suas pretensões no âmbito do Judiciário, esses atores buscaram o Legislativo para que fosse modulada a decisão do Supremo, retirando o efeito retroativo das decisões sobre a COFINS.

Em pesquisa realizada junto ao sítio do Senado Federal, pudemos verificar a existência desse projeto de lei, cuja ementa segue transcrita⁷⁸:

Ementa: Cancela e dispensa a constituição de crédito tributário relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, incidente sobre a receita bruta de sociedades civis, relativamente a fatos geradores ocorridos até a data que menciona.
Autor: Senador Eduardo Azeredo.

Aproveitamos para transcrever também a justificativa⁷⁹ do referido projeto de lei, o qual acabou sendo arquivado.

JUSTIFICAÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça pacificou firme jurisprudência no sentido de que as sociedades civis dedicadas à prestação de serviços profissionais estavam isentas da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

⁷⁶ Sobretudo por meio de Embargos a Recursos Extraordinários, que é um tipo de recurso com o intuito de esclarecer a Decisão.

⁷⁷ Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 574.007-2 Minas Gerais.

⁷⁸ PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 409 de 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/Consulta_Parl.asp?RAD_TIP=PLS&Tipo_Cons=15&FlagTot=1&orderby=6&p_cod_senador=3400&p_cod_comissao=>>. Acesso em: 12.11.2011.

⁷⁹ Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/14180.pdf>>. Acesso em 12.11.2011.

– Cofins. Tão consolidado estava o entendimento no âmbito daquele tribunal superior, que se chegou a editar, em 2 de junho de 2003, a Súmula nº 276, segundo a qual “as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”.

Confiados nessa súmula, os profissionais liberais, organizados em forma de sociedade civil, adotaram o procedimento por ela induzido, qual seja, o de não fazer os pagamentos da contribuição, na firme convicção de que estavam alcançados pela isenção. Nenhum reparo se pode fazer a essa atitude, vez que respaldada em orientação de tribunal superior, estratificada em súmula. Sucede que a Fazenda Nacional jamais se conformou com o entendimento jurisprudencial e manteve inalterada a prática de lavrar autos de infração e a cobrar a contribuição, gerando um conflito que somente agora, com a palavra do Supremo Tribunal Federal, vem de ser encerrado.

Com efeito, embora tenha recusado por vezes a discussão da matéria tema considerando-a infraconstitucional, a Corte Suprema, em 17 de setembro de 2008, concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 372.457, jogando por terra a orientação do STJ, que vigorara por tantos anos e pautara o procedimento dos contribuintes.

Escusado dizer que a súbita reversão da jurisprudência teve o efeito de lançar dezenas de milhares de profissionais no desespero de ter de pagar o tributo acumulado por cinco anos, acrescido de multas e encargos moratórios, não obstante estivessem, até então, acobertados pelo segundo tribunal mais importante do País. Além disso, como consequência inevitável, reina, não apenas entre eles, justa revolta e descrença nas instituições. Ao fim e ao cabo, tudo isso representa um duro golpe no princípio da segurança jurídica, pilar principal do Estado de Direito.

Trata este projeto de restabelecer a paz social e a necessária confiança nas instituições democráticas, dispensando a cobrança administrativa ou judicial da contribuição, relativamente aos fatos geradores ocorrido até a data do julgamento, pelo Supremo Tribunal, do recurso que modificou radicalmente a orientação jurisprudencial.

Como é possível observar, o viés casuísta e pragmático que o instrumento da modulação pode assumir é claro. A proposta de legislação visando dar os mesmos efeitos que o Supremo Tribunal Federal poderia conferir ao caso se aplicasse a modulação demonstra o peso deste tipo de prerrogativa alcançada àquela Corte.

Como já dito acima, a norma prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, que trata da modulação, jamais tinha sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, somente após 1999 é que esse tipo de recurso é permitido ao Judiciário, pelo menos com respaldo na legislação. Esse tipo de norma permitindo ao poder judiciário manipular os efeitos no tempo não é uma inovação do legislador brasileiro, contudo. Como anteriormente afirmado, alguns países europeus já dispõem de dispositivo legal semelhante. Mas nosso propósito não é fazer um estudo comparativo desse instituto ou de emitir juízo de valor sobre suas causas e consequências, muito menos o de verificar, como o faz a literatura jurídica, a constitucionalidade ou não da norma que trata da

modulação. Nosso intento é examinar o comportamento do STF diante dessa mudança institucional.

Nesse intuito de verificar o comportamento da Corte frente à mudança ocasionada pelo art. 27 da Lei 9.868/99, observamos certo comportamento do tribunal que pode ajudar a elucidar algumas indagações feitas no decorrer deste trabalho. Isso porque, na leitura de votos dos Ministros daquela Corte, pudemos observar que o uso de medidas semelhantes às da manipulação dos efeitos já vinham sendo adotadas pela Corte, eventualmente, antes mesmo do advento da legislação. Dito isso, já não se pode afirmar que a modulação passa a ser utilizada somente com o advento da legislação. Mesmo sem haver referência ao termo *modulação*, alguns julgados anteriores à vigência da lei 9.868/99 já admitiam a possibilidade de relativização da nulidade absoluta das decisões em controle de constitucionalidade. E, além disso, essas decisões anteriores à lei que instituiu a modulação eram tomadas tanto no âmbito do controle concreto, como em controle abstrato de constitucionalidade.

Para ser mais preciso, observamos que na Medida Cautelar n. 2859, o relator do processo, Ministro Gilmar Mendes, faz um histórico a respeito da modulação, no sentido de justificar o uso deste instituto no controle difuso de constitucionalidade. Nesse histórico, o Ministro apresenta decisões⁸⁰ em que foi discutido o emprego da relativização da declaração de inconstitucionalidade, no sentido de limitar os efeitos retroativos da decisão.

Diante desses dados, indaga-se se seria a modulação uma delegação do poder Legislativo ao Poder Judiciário, no sentido de um empoderamento deste último, em razão das circunstâncias que desenvolvemos anteriormente, ou, ao contrário, a institucionalização legal da modulação seria uma forma de restrição da atuação do Poder Judiciário, que passa, a partir do surgimento da legislação, a obedecer a parâmetros legais mais rigorosos para poder manipular suas decisões?

⁸⁰ RE 79.343 (Relator: Ministro Leitão de Abreu, 31.05.1977); RE 79.620 (Relator: Ministro Aliomar Baleeiro, 22.10.1974); RE 78.594 (Relator: Ministro Bilac Pinto, 07.06.1974); RE 122.202 (Relator: Ministro Francisco Rezek, 08.04.1994); RE 105.789 (Relator: Ministro Carlos Madeira, 15.04.1986); RE 147.776 (Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 19.05.1998); ADIn 513 (Relator: Ministro Célio Borja,

Quando construímos a hipótese deste trabalho em relação à presente questão, recorremos à literatura da delegação de poderes, no sentido de procurar entender esse voluntarismo legislativo aumentando as prerrogativas do Poder Judiciário em tema tão sensível como o do controle de constitucionalidade, numa perspectiva da doutrina da separação de poderes. Pareceu-nos que a literatura da delegação de poderes pudesse nos ajudar a entender essa indagação. Nesse sentido, a suposição de delegação parecia fazer sentido, uma vez que esse tipo de delegação permitiria ao Legislativo uma ação mais flexível acerca da constitucionalidade das leis aprovadas, deixando livre o caminho para decisões mais condizentes com o objetivo dos parlamentares, qual seja, o de amealhar capital político junto ao eleitorado para projetos futuros, como reeleição ou a aposta em outro tipo de mandato.

Todavia, com base no conhecimento do comportamento do Supremo Tribunal Federal antes da aprovação da legislação que introduziu a modulação, é de se indagar novamente a respeito dos motivos dessa mudança institucional. Nesse sentido, não podemos esquecer que a lei 9.868/99 tem origem no Poder Executivo, o qual buscava, no período de aprovação da norma, de diferentes formas, a aprovação de seus projetos no Legislativo.

Dessa forma, seria oportuno trazer para o debate aspectos ligados ao Poder Executivo para melhor entender a criação do instituto da modulação. Se é verdade que o Poder Executivo conseguiu criar e manter coalizões majoritárias no congresso nacional na década de 90, e que o projeto de lei que acabou se tornando a lei das ADIns teve origem neste poder, parece razoável esse tipo de raciocínio.

Embora trate de um tema diferente – o controle de constitucionalidade das medidas provisórias editas pelo Presidente da República -, Da Ros desenvolve este raciocínio de que a lei do processamento e julgamento das ações de inconstitucionalidade tiveram por fim, de certo modo, restringir a atuação do Poder Judiciário, e não o contrário. Este autor trata do maior rigor que o Judiciário foi submetido para aprovar medidas cautelares em sede de controle de constitucionalidade,

30.10.1992); ADIn 1.102 (Relator: Ministro Maurício Corrêa, 05.10.1995); HC 70.514 (Relator: Ministro Sydney Sanches, 23.03.1994).

uma vez que com a nova legislação passou a ser necessário um quorum de dois terços para esse tipo atuação. Segundo Da Ros⁸¹:

(...) é lícito afirmar que a aprovação da Lei n.º 9.868, de novembro 1999, de autoria do Poder Executivo, que regulamenta, entre outras coisas, a concessão de liminares pelo STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, impondo-lhe um rito mais rigoroso, aponta para certo disciplinamento da corte, podendo mesmo ser interpretada como uma espécie de sinalização sobre as possibilidades de outras ações mais severas recaírem sobre o tribunal, ainda que isso não se tenha realizado de forma aberta. A referida lei estipula, entre outras coisas, que a concessão de liminares em ADIns seja realizada apenas pela maioria absoluta dos membros da corte em sessão com pelo menos oito Ministros, salvo nos períodos de recesso. A idéia, ao que parece, visava dar fim à prática de concessão de liminares por decisões monocráticas *ad referendum*. Vale ressaltar que a propositura desta lei pelo Poder Executivo deu-se justamente em 1997, ano em que o STF concedeu o maior número de liminares – oito ao todo – suspendendo parcial ou integralmente trechos de medidas provisórias contestadas em ADIns, mesmo que nenhuma dessas tenha sido julgada monocraticamente.

Essa forma de ver o fenômeno pode ser perfeitamente adequada ao caso da modulação, se levarmos em conta que havia decisões do Supremo Tribunal Federal manipulando seus efeitos no período anterior ao advento da lei 9.868/99. Uma vez que o quorum que a Corte utilizava para esse tipo de decisão era o quorum simples, e com a nova legislação passou-se a ser requerido um quorum mais qualificado - dois terços -, é possível admitirmos aí uma forma de restrição legislativa na atuação do Supremo.

Isso também demonstra o comportamento estratégico da Corte em não utilizar “irresponsavelmente” o instrumento, como ocorreu em outros países em que havia a permissão jurídica para a modulação (Alemanha e Espanha) ou onde os próprios tribunais criaram jurisprudencialmente essa possibilidade (Itália e Espanha). Isso porque a restrição realizada pela via legislativa serviu como um aviso para o comportamento da Corte neste sentido.

De certa forma, entender a institucionalização da modulação como uma forma de restrição da ação do Judiciário explica o comportamento ambíguo do Supremo, que faz uso restrito do instrumento, mas ao mesmo tempo demonstra atitudes de preservação

⁸¹ DA ROS, Luciano. Decretos Presidenciais no Banco dos Réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007). Dissertação. Mestrado em Ciência Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008, p. 94.

e mesmo de expansão do uso da manipulação para os casos de controle difuso, por exemplo. Ademais, também é interessante citar um comportamento dos integrantes da Corte que vai ao encontro dessas conclusões e que pode ser observado na construção de seus votos. Trata-se do desenvolvimento de um argumento segundo o qual o quorum de dois terços para modular os efeitos de suas decisões deveria ser observado tão-somente nos casos em que houvesse o julgamento de inconstitucionalidade. No caso, por exemplo, de mudança de jurisprudência, não seria necessário o quorum qualificado. Isso significa que o Supremo busca poder agir de forma como agia antes da introdução da Lei 9.868/99, nos casos em que não necessariamente julga a inconstitucionalidade de uma norma. Todavia, nos casos em que há explicitamente o controle de constitucionalidade, a sua atuação mostra-se parcimoniosa.

Logo, é possível concluir que, em casos de aplicação direta da modulação, como previsto pela legislação, o Supremo tem uma atuação reservada. Porém, paralelamente a este comportamento, ele busca outras formas mais “embaçadas” de atuação, no sentido de agir com mais liberdade de decisão.

Outro fenômeno que devemos observar diz respeito ao conteúdo das discussões em que a modulação foi discutida. Observando o conjunto de matérias em que a modulação foi discutida, podemos notar que este tipo de técnica foi invocada em três grandes grupos de matéria. Nesse sentido, dividimos as decisões em conjuntos de matérias referentes a *Direito Administrativo*, *Direito Tributário* e *outros*, conforme quadro abaixo.

Quadro referente ao tipo de matéria em que a modulação foi discutida

Tipo de Matéria	Número de Decisões
Administração Pública	13
Tributário	14
Outros	21

Quadro elaborado pelo autor com base em banco de dados produzido com informações coletadas junto ao site do Supremo Tribunal Federal (segundo semestre de 2012).

A primeira constatação que podemos apontar é que as decisões tratam predominantemente de questões ligadas ao Estado. Com efeito, apenas duas decisões trataram de direitos individuais, uma de direito trabalhista e três sobre infidelidade partidária, ao passo que o restante está todo relacionado com questões que se referem a

matérias tipicamente de Estado (estrutura, organização, funcionamento, competências, etc.). Dentre estas, há dois grupos de matérias que predominam: Direito Administrativo e Direito Tributário, a primeira representando 13 decisões e a segunda, 14. Contabilizamos as questões referentes ao Direito Tributário como 14, dada a repetição de matérias nessa área. Assim, as 49 decisões sobre IPTU foram computadas como uma decisão, assim como as 89 decisões sobre Cofins e as 06 decisões sobre IPI.

Portanto, podemos concluir que, embora a constituição contemple muitas matérias além das questões ligadas ao Estado, as decisões em que a modulação foi discutida dizem respeito predominantemente à estrutura e organização do estado, uma vez que, em última análise, as questões referentes ao Direito Tributário dizem respeito a finanças públicas.

Outra dedução importante de nota é que, diferentemente do que se pode imaginar, as decisões referentes a tributos não predominam na discussão acerca da modulação. Embora seja um assunto que aparece com bastante recorrência, ele divide sua aparição com outras matérias. Ocorre que muitos casos envolvendo tributos são repetições sobre uma mesma matéria, o que dá a impressão de que a modulação é aplicada predominantemente nestes casos. Todavia, procedendo-se à separação criteriosa por matéria, é possível perceber que o direito tributário não é um assunto que toma conta da aplicação da modulação.

Assim, podemos associar esses resultados com o que dissemos anteriormente a respeito do impacto que esse tipo de interpretação pode ter para os interesses da União e da federação como um todo. A restrição imposta à atuação do STF nesse tipo de ação aparece, uma vez mais, como uma causa explicativa viável para o fenômeno que estamos estudando.

CONCLUSÃO

O exercício que empreendemos até o momento foi no sentido de examinarmos a dinâmica da separação dos poderes a partir de um recorte bastante específico do caso brasileiro. Esta fotografia é delimitada no tempo – compreende o período posterior à entrada em vigor da Lei 9.868, que ocorreu em 1999; além disso, nossa atenção se voltou para decisões específicas de um Órgão da República – o Supremo Tribunal Federal, na aplicação da modulação de efeitos em suas decisões.

Para realizarmos essa tarefa, recorreremos a modelos teóricos mais amplos, como é o caso da teoria da delegação de poderes e o modelo estratégico de análise, que deram subsídios para a formulação de questões acerca do assunto e também serviram de base para a compreensão do objeto deste trabalho.

Para essa empreitada, tomamos como certo que a modulação é um instrumento atraente a qualquer julgador, tendo em vista que esta ferramenta possibilita maior flexibilidade no julgamento. Com efeito, a modulação permite que o magistrado ajuste, na prática, suas decisões. Dito isso, a questão que se apresenta é a seguinte: o que levaria o Judiciário a utilizar esse instrumento de maneira parcimoniosa, ou mesmo deixar de utilizá-lo? Essa questão é consequência do seguinte achado: diferentemente do que previsto inicialmente, a atuação do Supremo na aplicação da modulação é muito baixa.

Mas essa questão deve ser respondida com base em outra constatação, que diz respeito ao fato de que, conquanto pouco aplicada, a modulação ainda não foi declarada inconstitucional pelo próprio Supremo e, além disso, tem sido utilizada em situações não previstas originalmente pela norma, mas a partir de interpretações construídas pelos membros daquela Corte. Nesse sentido é que o modelo estratégico se mostra capaz de auxiliar nas explicações do comportamento tortuoso do STF acerca dessa matéria. Conforme este modelo, é possível trabalhar-se com a idéia de um cálculo realizado pelos atores envolvidos. Na linha desse raciocínio, podemos entender que o Supremo se movimenta no tabuleiro visando não se expor demasiadamente numa aplicação irrestrita da modulação, preservando, assim, a prerrogativa de usá-la quando necessário.

É pertinente relembrarmos que o comportamento do Supremo Tribunal Federal é diferente do de outras Cortes Supremas em que foi adotada legislação semelhante. Esse comportamento distinto, portanto, deve ser analisado levando-se em conta as particularidades da relação prática entre os poderes no período analisado. Se é verdade que a facilidade proporcionada pelo uso da modulação faz com que esta seja bastante utilizada, fato perfeitamente comprovado na atuação das cortes européias, o mesmo não ocorre com o caso brasileiro.

É a partir desta perspectiva que os fatores que levaram à elaboração da lei instituidora da modulação mereceram nossa atenção. Assim, diferentemente de um empoderamento do Poder Judiciário, como poderia parecer à primeira vista, a criação da modulação de efeitos, antes de tudo, pode ser entendida como uma restrição à atuação da Corte. Isso pode ser observado pelo fato de que o Supremo Tribunal Federal já vinha se valendo de mecanismos parecidos com o da modulação de efeitos em suas decisões antes mesmo da criação da lei que a instituiu, necessitando apenas do quorum de uma maioria simples. Portanto, a sua institucionalização, em verdade, pode ser percebida como uma iniciativa do Poder Executivo (via parlamento), no sentido de criar um grau maior de dificuldade ao Poder Judiciário nesse tipo de decisão.

Esse fenômeno ajuda a entender o comportamento estratégico da Corte, quando esta não utiliza irresponsavelmente o instrumento, diferentemente do que ocorreu em outros países em que havia a permissão jurídica para a modulação (Alemanha e Portugal) ou onde os próprios tribunais criaram, a partir da jurisprudência, essa possibilidade (Itália e Espanha). Isso porque a restrição levada a cabo pelo Poder Executivo (e mesmo o Legislativo) teria um significado de advertência à Corte. Daí então o comportamento ambíguo do STF na aplicação da modulação.

Sob essa perspectiva, percebe-se que a ideia de delegação de poderes e do jogo de intenção entre os atores constitui-se em ferramenta central para a análise da matéria. Nesse sentido, a delegação de poderes nem sempre representa, na prática, um incremento de força ao poder que a recebe. Em alguns casos pode mesmo significar a

restrição de sua atuação. É nessa seara que surge um ambiente propício para um jogo carregado de intenção entre os atores.

Não está escrito em lugar algum que o Executivo (por meio do Poder Legislativo) buscou restringir a atuação do STF por meio do disciplinamento legal da matéria, introduzindo uma regra segundo a qual é necessário um quórum qualificado para a modulação. Da mesma forma, as ações do STF não estão anunciadas explicitamente no sentido de adotar uma ação parcimoniosa na aplicação da modulação. Contudo, os elementos trabalhados ao longo desta pesquisa revelam que é possível a existência de um jogo de intenções entre os atores envolvidos, no que diz respeito à aplicação do instituto estudado.

Essas foram as principais constatações deste trabalho. Secundariamente, foi possível concluir que as decisões em que foi aplicada a modulação tratam predominantemente de questões ligadas ao Estado. Em verdade, apenas duas decisões trataram de direitos individuais ou corporativos, uma de direito trabalhista e três sobre infidelidade partidária. O restante está todo relacionado com questões que se referem a matérias tipicamente de Estado (estrutura, organização, funcionamento, competências, etc.). Além disso, pudemos constatar que dois grupos de matérias se destacam: Direito Administrativo e Direito Tributário.

Ocorre que, diferentemente do que se poderia imaginar, as decisões referentes a tributos não predominam na discussão acerca da modulação. Conquanto apareça com bastante recorrência, ele divide sua aparição com outras matérias. É que muitos casos envolvendo tributos são, na verdade, repetições sobre a mesma matéria. Todavia, o direito tributário não é um assunto que toma conta da aplicação da modulação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*. Dados, 31, 1: 5-34, 1988.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol.14, n. 39, 1999.
- 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 art. 27 da Lei n. 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 182p, 2009.
- BOWIE, Jennifer Barnes and SONGER, Donald R. *Assessing the Applicability of Strategic Theory to Explain Decision Making on the Courts of Appeals*. Political Research Quarterly, 62: 393-407, 2009.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia e Política, n.23, pp.127-139, 2004.
- CARVALHO, Ernani. *Revisão judicial e judicialização da política no direitito ocidental: aspecto relevantes de sua gênese e desenvolvimento*. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, n. 28, pp. 161-179, 2007.
- CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, n. 34, 1997.
- CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita Barradas. *Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade*. Caderno de Saúde Pública, vol. 25, n. 8, 2009.
- COUSO, Javier. *Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política*. Revista de Ciência Política, vol. 24, n. 2, 2004.
- COUTO, Estêvão Ferreira. *Judicialização da política externa e direitos humanos*. Ver. Bras. Polít. Int., vol. 47, n. 1, 2004.
- DA ROS, Luciano. *Decretos Presidenciais no Banco dos Réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. Dissertação. Mestrado em Ciência Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.
- DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant. *A dolarização do conhecimento técnico profissional e do estado: processos transnacionais e questões de legitimação na transformação do Estado 1960-2000*. Revista Brasileira de Ciências Sociais 43, junho 2000.
- DIDIER JR., Fredie. *Transformações do Recurso Extraordinário*. In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- EPSTEIN, David and O'HALLORAN, Sharin. *Delegating Power: A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making Under Separate Powers*. New York: Cambridge, University Press, 1997.
- EPSTEIN, Lee. KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998.
- GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *A Separação de Poderes em Países Presidencialistas: A América Latina em Perspectiva Comparada*. Revista de Sociologia e Política n. 17: 75-106. Nov. 2001.

- LIMONGI, Fernando. FIGUEIREDO, Argelina. *Bases institucionais do presidencialismo de coalizão*. Lua Nova [online]. n.44, pp. 81-106, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264451998000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04/11/2011.
- FIORINO, Nadia. PADOVANO, Fabio and SGARRA, Grazia. *Judicial Branch, Checks and Balances and Political Accountability*. Paper presented at the seminars of the Center for Economics of Institutions of the University of Roma Tre and at the 2001 Annual Meeting of the European Public Choice Society. Disponível em: [http://www.confindustria.it/studiric.nsf/0/009c5f24f1db4d7ac1256ccc005271ce/\\$FILE/WP%20-%20Sgarra%20-%2033.pdf](http://www.confindustria.it/studiric.nsf/0/009c5f24f1db4d7ac1256ccc005271ce/$FILE/WP%20-%20Sgarra%20-%2033.pdf). Acesso em 21/10/2011.
- HELMKE, Gretchen. *The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy*. The American Political Science Review, Vol. 96, N. 02 (Jun., 2002), pp. 291-303.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *Considerações acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia (ADPF 54)*. Estudios constitucionales, vol. 6, n. 2, 2008.
- LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). Os Clássicos da Política. 14ed. São Paulo: Ática, 2006.
- MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Lua Nova, n. 57, 2002.
- MAINWARING, Scott. *Democracia Presidencialista multipartidária: o caso do Brasil*. Lua Nova [online]. 1993, n.28-29, pp. 21-74. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264451993000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05/11/2011.
- McCUBBINS, Matthew. *Abdication or Delegation? Congress, the Bureaucracy, and the Delegation Dilemma*. Regulation, volume 22, n. 02. 1999. Disponível em: <http://www.cato.org/pubs/regulation/regv22n2/abdication.pdf>. Acesso em: 26/10/2011.
- MONTEIRO, Jorge Vianna. *Quão suprema é a revisão judicial no jogo de políticas públicas?*. Revista de Administração Pública, vol. 40, n. 2, 2006.
- MOYA, Mauricio Assumpção. *Executivo versus legislativo: os vetos presidenciais no Brasil (1988-2000)*. Tese de Doutorado. São Paulo, FFLCH/USP, 168 pp, 2006.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci. *Justice, professionalism, and politics in the exercise of judicial review by Brazil's supreme court*. Brazilian political science review, vol. 3, 2008.
- OLIVEIRA, Gesner; TUROLLA, Frederico. *Política econômica do segundo governo FHC: mudança em condições adversas*. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 15, n. 2, Nov. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php>>. Acesso em: 18/10/2011.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?* DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, n. 3, pp. 559 a 587, 2005.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- RODRIGUES-GARAVITO, César. *Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America*. Draft version. Forthcoming in Yves Dezalay & Bryant Garth, *Lawyers and the Transnationalization of the Rule of Law*. In <http://www.cesarrodriguez.net/docs/articulos/towardsociology.pdf>. Acesso em: 20/05/2012.

- ROUSSEL, Violaine. *Scandales politiques et transformation des rapports entre magistrature et politique*. Droit et Société. n. 44/45, 2000
- SALOMÓN, Carlos. *Un modelo de decisión judicial previsional argentino*. Asociación Argentina de Economía Política, Buenos Aires, 2004.
- SANTOS, André Marengo dos e DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à Corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, v. 16, n. 30: 131-149, 2008.
- SANTOS, A. *The World Bank's uses of the "Rule of Law" promise in economic development*. TRUBEK, D. M. & SANTOS, A. *The new law and economic development: a critical appraisal*. New York: Cambridge Un. Press, 2006.
- SEGAL, Jeffrey A. *Separation-of-Powers Games in Positive Theory of Congress and Courts*. *American Political Science Review*, 91: 28-44, 1997.
- TAYLOR, Matthew M. *O Judiciário e as políticas públicas no Brasil*. Dados, vol. 50, Rio de Janeiro, 2007.
- TRUBEK, D. M. *The "Rule of Law" in development assistance: past, present and future*. In: TRUBEK, D. M. & SANTOS, A. *The new law and economic development: a critical appraisal*. New York: Cambridge Un. Press, 2006.
- VANBERG, Georg. *Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review*. *American Journal of Political Science*, vol. 45, n. 2, april, pp. 346–361, 2001.
- VELANO, Emília Maria. *Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Tributária*. Curitiba: Juruá, 2010.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. *Tempo Social. Revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund., 1998.
- ZANATTA, Rafael A. F. *O novo direito e desenvolvimento: rumo a uma abordagem crítica?* Paper apresentado como pré-requisito para conclusão do curso "Direito e Desenvolvimento em Sociedades Complexas", ministrado no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no segundo semestre de 2011 pelos professores Celso Campilongo, Jean-Paul Rocha e Horácio Gago Prialé (PUC-Peru) e participação de Diogo Coutinho.
- YEPES, Rodrigo Uprimny. *A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos*. *Sur, Revista Internacional Direitos Humanos*, vol. 4, n. 6, 2007.

ANEXO

Quadro completo referente a ações de tipo concentrado e difuso

TIPO DE AÇÃO	TIPO DE CONTROLE
ADI 261	Concentrado
ADI 3022	Concentrado
ADI 662	Concentrado
ADI 3316	Concentrado
ADI 3819	Concentrado
ADI 2501	Concentrado
ADI 3458	Concentrado
ADI 3430	Concentrado
ADI 2904	Concentrado
ADI 4009	Concentrado
ADI 3689	Concentrado
ADI 3489	Concentrado
ADI 2240	Concentrado
ADPF 156	Concentrado
ADI 4140	Concentrado
ADI 3601	Concentrado
RE 500.171	Difuso
RE 197.917	Difuso
RE 401.953	Difuso
MS 26602	Difuso
MS 26603	Difuso
MC 2859	Difuso
HC 82.959	Difuso
MS 26.604	Difuso
RE 560.626	Difuso
RE 556.664	Difuso
RE 559.943	Difuso
MS 3660	Difuso
RE 600.885	Difuso