



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Teresa Cristina de Melo Costa

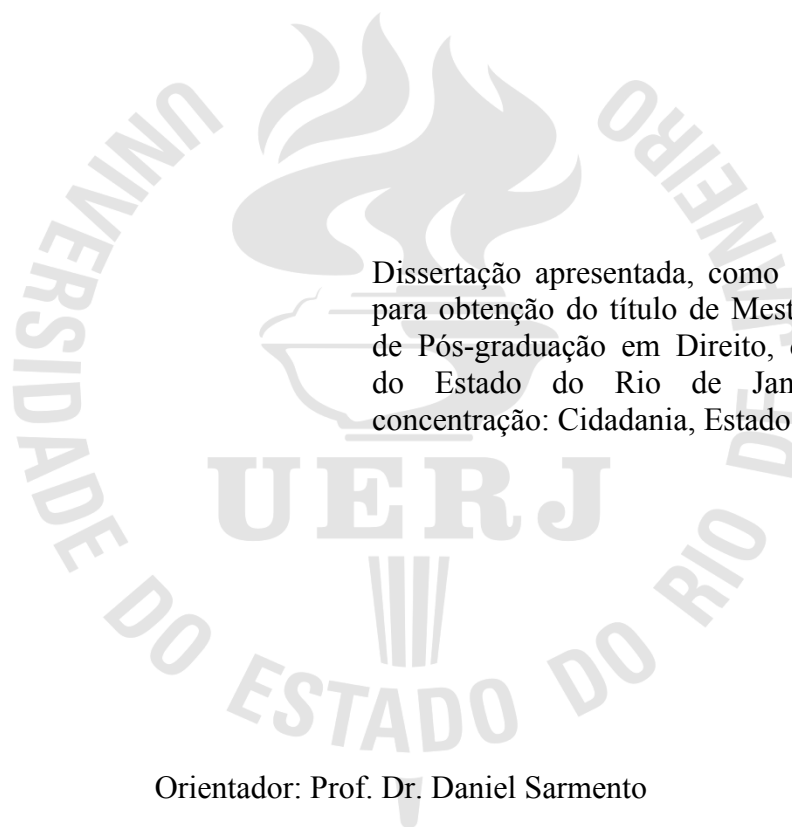
Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia

Rio de Janeiro

2019

Teresa Cristina de Melo Costa

Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento

Coorientador: Gustavo Binenbojm

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C837

Costa, Teresa Cristina de Melo

Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia
/ Teresa Cristina de Melo Costa. - 2019.

190 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento.

Coorientador: Prof. Dr. Gustavo Binenbojm.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal - Teses. 2. Normas –Teses. 3.
Efetividade – Teses. I.Sarmento, Daniel. II. Binenbojm, Gustavo. III.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 342.4(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Teresa Cristina de Melo Costa

**Novas técnicas de decisão do Supremo Tribunal Federal:
entre inovação e democracia**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 15 de fevereiro de 2019.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Sarmiento (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm (Coorientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Rodrigo Brandão – suplente
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dra. Patrícia Perrone Campos Mello – suplente
Centro Universitário de Brasília

Rio de Janeiro

2019

NOTA PRÉVIA

As citações em língua estrangeira constantes do texto foram traduzidas livremente.

Para o meu avô *Deo*, analfabeto nas letras e sábio de vida,
por ter me ensinado o que não se aprende nos livros.

Para minha vovó *Tereza*, de quem herdei o nome,
que por descuido não veio junto com sua força.

É você que ama o passado e que não vê.
É você que ama o passado e que não vê.
Que o novo sempre vem.

Antônio Carlos Belchior

RESUMO

MELO, Teresa. *Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia*. 2019. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

No direito constitucional brasileiro contemporâneo, a atuação do Supremo Tribunal Federal não se limita à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, exercendo também o *controle de efetividade* da Constituição, o que demanda novos tipos de resposta da Corte. A criação judicial de normas constitui o mais novo papel das cortes constitucionais, mas o exercício da atividade criativa pelo Judiciário ainda é mal compreendido e envolto em dogmas, como o do legislador negativo kelseniano e a defesa de um modelo ultrapassado de separação de poderes. Considerando a normatização pelo Judiciário como um fato, o trabalho parte do pressuposto de que *algum grau de atividade legislativa está contido na função jurisdicional*, mas que seu exercício se submete a limites diferentes daqueles impostos ao legislador, estando principalmente relacionados à democracia e às capacidades institucionais do Judiciário. Considerado esse cenário, faz-se um recorte para estudar os novos tipos de decisão do Supremo Tribunal Federal e as propostas que começam a ser apresentadas pela doutrina para formatar o novo conteúdo dos provimentos da Corte. Se é certo que as categorias clássicas de decisão em controle de constitucionalidade já não são suficientes para sistematizar os tipos de resposta do *Supremo*, também deve-se destacar que há questões do direito brasileiro e da prática do STF que permanecem sem resposta se adotado o modelo das sentenças manipulativas aditivas italianas. O caso brasileiro demanda respostas próprias porque representa modelo inédito de fiscalização no mundo e possui um fundamento autônomo para o exercício da atividade legislativa pelo Judiciário: *a norma de competência que está contida na previsão constitucional do mandado de injunção*. Por isso, o trabalho busca ampliar o debate com a apresentação de categorias de decisão mais adequadas para explicar a atuação normativa do STF: *a inferência constitucional* e *a integração conforme à Constituição*. As técnicas *assumem* a realização de atividade normativa pelo Supremo Tribunal Federal e buscam uma conformação maior ao direito constitucional brasileiro do que aquela realizada pelas alternativas disponíveis. Por outro lado, se o reconhecimento da normatização pelo STF implica em transferência de poder das instituições politicamente responsáveis para o Judiciário, os poderes majoritários precisam ser considerados no processo de tomada de decisão. Assim, a legitimidade da normatização judicial passa pela manutenção dos instrumentos de controle recíproco e pela introdução de argumentos institucionais no debate. O argumento institucional soma-se aos aspectos formais e substanciais para completar a forma como o Supremo Tribunal Federal deve atuar e escolher a técnica de decisão mais apropriada para determinado caso concreto ou conjunto de casos. Em resumo, a originalidade do trabalho está em três pontos: (i) na delimitação do real contexto e limites em que exercida a normatização pelo Judiciário; (ii) na elaboração de novas categorias de decisão para conformar a atividade legislativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição de 1988 (*inferência constitucional* e *integração conforme à Constituição*); e (iii) na proposta de incidência de testes institucionais prévios à adoção de decisões e técnicas criativas pela Corte.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Atuação criativa. Técnicas de decisão. Inferência constitucional. Integração conforme à Constituição. Testes institucionais.

ABSTRACT

MELO, Teresa. *Brazilian Supreme Court's new decision techniques: between innovation and democracy*. 2019. 190p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

In contemporary Brazilian constitutional law, the performance of the Supreme Court is not limited to the declaration of constitutionality or unconstitutionality of laws, but also involves the effectiveness of the Constitution, which demands new types of response. The performance as “positive legislator” is the newest role of any constitutional court, but the exercise of legislative activity by the judiciary is still misunderstood and dogged, such as that of the Kelsenian negative legislator and an outmoded model of separation of powers. Considering the creative role of the Judiciary as a fact, the work assumes that some degree of legislative activity is contained in the jurisdictional function, but that its exercise is subject to limits different from those imposed to the legislator, being mainly related to democracy and institutional capacities of the Judiciary. Considering this scenario, a cut is made to study new decision techniques designed by the Brazilian Supreme Court (STF) and the categories that are being presented by the doctrine to format the new content of the Court's proceedings. If it is true that the classic categories of judicial review are no longer enough to systematize the Brazilian Supreme Court's rulings, it must also be pointed out that there are issues of Brazilian constitutional law that remain unanswered if we merely follow the model of Italian additive sentences. The Brazilian case demands its own answers because it has an autonomous basis for the exercise of legislative activity by the Judiciary: the norm of competence that is contained in the constitutional provision of the *writ* of injunction. Therefore, the paper seeks to broaden the debate with the presentation of more appropriate decision categories to explain the normative performance of the Supreme Court, named as *constitutional inference and integration according to the Constitution*. The techniques assume normative activity by the Brazilian Supreme Court and seek a better conformation to the Brazilian constitutional law than that carried out by the available alternatives. On the other hand, if the recognition of standardization by the STF implies the transfer of power from politically responsible institutions to the Judiciary, the majority powers need to be considered in the decision-making process. Thus, the legitimacy of judicial legislation involves the maintenance of checks and balances instruments and the introduction of institutional arguments in the debate. The institutional argument adds up to the formal and substantial aspects to complete the way the Brazilian Supreme Court should choose the most appropriate decision technique for a particular case or set of cases. In summary, the originality of the work lies in three points: (i) in the delimitation of the real context and limits in which the creative role of the Judiciary is exercised; (ii) elaboration of new decision techniques to conform the legislative activity exercised by the Brazilian Supreme Court to the Constitution of 1988 (*constitutional inference and integration according to the Constitution*); and (iii) in the proposal for the incidence of institutional tests prior to the adoption of creative decisions by the Court.

Keywords: Brazilian Supreme Court. Normative role. Decision techniques. Constitutional Inference. Integration of the Constitution. Institutional Tests.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANP	Agência Nacional do Petróleo
AO	Ação Originária
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
EC	Emenda Constitucional
FPE	Fundo de Participação dos Estados
HC	Habeas Corpus
ICMBio	Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
IPEA	Instituto de Política Econômica Aplicada
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
PET	Petição
Rcl	Reclamação

RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
Red.	Redator
Rel.	Relator
RI/STF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
SL	Suspensão de Liminar
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	A INOVAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: TIPOS, CONTEXTO E LIMITES DA ATIVIDADE NORMATIVA DA CORTE ...	20
1.1	O novo papel das cortes constitucionais: a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal e seus três principais campos de impacto	20
1.1.1	<u>Atuação normativa do STF com impacto nas normas constitucionais</u>	21
1.1.2	<u>Atuação normativa do STF com impacto na legislação infraconstitucional e na ausência de legislação</u>	29
1.1.3	<u>Atuação normativa do STF com impacto no processo constitucional</u>	35
1.2	O contexto da assunção do papel normativo pelo Supremo Tribunal Federal: superação de dogmas e leitura contemporânea do princípio da separação de poderes	42
1.2.1	<u>A queda do primeiro dogma: adeus ao legislador negativo de Kelsen</u>	42
1.2.2	<u>A relativização do segundo dogma: lei inconstitucional nem sempre será lei nula</u>	51
1.2.3	<u>Afinal, o princípio da separação de Poderes impede o STF de criar normas?</u>	59
1.2.4	<u>Do controle de constitucionalidade de normas ao controle de efetividade da Constituição: os novos tipos de resposta exigidos do STF</u>	64
1.3	A normatização possível <i>no âmbito</i> da função jurisdicional: por que o Supremo Tribunal Federal pode criar normas e o que limita sua atuação? ..	70
1.3.1	<u>Democracia: não somos um governo de juízes</u>	71
1.3.2	<u>Teoria das capacidades institucionais: o Judiciário não pode tudo</u>	76
1.3.3	<u>Fundamento material para a criação judicial: defesa dos direitos fundamentais ..</u>	83
1.3.4	<u>Fundamento processual para a criação judicial: liberdade de conformação processual das Cortes Constitucionais</u>	96
2	NOVAS TÉCNICAS DE DECISÃO PARA A FISCALIZAÇÃO DAS NORMAS E DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO: INFERÊNCIA CONSTITUCIONAL E INTEGRAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO	109
2.1	Delimitando o problema: o esgotamento das categorias clássicas de decisão em controle de constitucionalidade e as soluções oferecidas pelo STF e pela	

doutrina	109
2.1.1 <u>A solução envergonhada do STF: a pseudo-intepretação conforme à Constituição</u>	112
2.1.2 <u>A solução parcial da doutrina: as sentenças manipulativas</u>	115
2.2 Por que as sentenças manipulativas não são suficientes para descrever e prescrever a atuação do Supremo Tribunal Federal?	124
2.2.1 <u>Ausência de uniformidade quanto à classificação: a disfuncionalidade de classificações que não classificam</u>	124
2.2.2 <u>Ausência de resposta das sentenças manipulativas para a omissão total: e a existência de uma solução melhor na Constituição de 1988</u>	128
2.2.3 <u>Ausência de resposta para o controle da efetividade da Constituição</u>	132
2.3 A solução proposta: as técnicas da <i>inferência constitucional</i> e da <i>integração conforme à Constituição</i>	135
2.3.1 <u>A técnica da <i>inferência constitucional</i>: atuação normativa do STF com impacto nas normas constitucionais</u>	136
2.3.2 <u>A técnica da <i>integração conforme à Constituição</i>: atuação normativa do STF com impacto na legislação infraconstitucional e na ausência de legislação</u>	148
3 ALGUNS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO NORMATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	155
3.1 Quando o Judiciário não pode criar normas: impossibilidade de decisões criativas em matéria penal, <i>contra o réu</i>	156
3.2 Quando o Judiciário possui vantagem comparativa para criar: interesse direto dos demais Poderes e existência de conflito de interesses	162
3.3 Quando o Judiciário está na zona de incerteza: incidência de <i>testes institucionais</i>	165
3.3.1 <u>Teste democrático-institucional: <i>adequação</i> entre a decisão do STF e os limites democráticos e de capacidade institucional</u>	167
3.3.2 <u>Teste dialógico: necessidade de manutenção dos canais de diálogo e do sistema de controle recíproco entre os Poderes</u>	169
3.3.3 <u>Teste de incentivos institucionais: proporção entre os incentivos gerados pela decisão e o fim da inércia ou o desbloqueio dos poderes majoritários</u>	172
CONCLUSÃO	175
REFERÊNCIAS	185

INTRODUÇÃO

“O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):

– A minha anotação, Senhor Presidente, vai ser meio antipática.

Mas eu já disse isso uma vez e vou repetir:

não estou preocupado com a doutrina, a doutrina é que tem que se preocupar conosco.

Nós é que definimos o que a doutrina vai ter que dizer depois.

Perdoem-me, mas é assim mesmo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

– E olha que Vossa Excelência é um doutrinador!

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):

– A doutrina vai nos acompanhar, podem ficar tranquilos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO

– Mas a doutrina mantém conosco uma relação de mútuo proveito e nos ajuda muito.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR):

– Não, ela nos acompanha sempre.”¹

O diálogo serve como uma bandeira amarela, uma espécie de sinal de alerta a soar antes de qualquer proposta de ampliação dos poderes ou atribuições do Supremo Tribunal Federal. Sem dúvida exterioriza um comportamento judicial que ainda pode ser sentido e testemunhado nos corredores e sessões da Corte, e que passa a ideia de magistrados autocentrados, autorreferentes e sem maiores preocupações com *accountability*. Mas também vale outra reflexão. De fato, grande parte da doutrina e da academia brasileiras prestam reverência aos ministros e aos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, tornando a discordância algo incômodo e pessoal. Transcrevi o diálogo com o objetivo de chamar a atenção para os riscos inerentes à defesa da realização de atividade normativa por juízes e tribunais, mas, com humildade e respeito, serve ainda como convite para uma insubordinação qualificada, para a apresentação de críticas e de propostas, e para a construção de um ambiente de ideias.

O trabalho se insere nesse contexto. E o tema a que se refere é resultado de um fenômeno multifatorial: a complexificação das relações sociais, a transferência de poder das instâncias majoritárias para o Judiciário – principalmente para o Supremo Tribunal Federal –,

¹ STF, Plenário, ADI 2.905, Rel. Min. Eros Grau, j. 16.11.2016, p. 01.02.2018. O diálogo transcrito ocorreu em fevereiro de 2010.

a aproximação entre direito e política, a falta de representatividade do Legislativo, a existência de denúncias de corrupção praticadas por autoridades públicas e empresas, sem esquecer a crise da democracia. Esses e outros fatores interferem diretamente no diagnóstico de que o STF vem, cada vez mais, tomando decisões criativas e que tais provimentos não se inserem nas categorias clássicas de decisão identificadas pela doutrina da década de 90. Esse é o pressuposto de que parte o trabalho, e que não é uma particularidade ou idiossincrasia da Corte brasileira, contando com exemplos nos mais diversos tribunais constitucionais do mundo.

Estudos de direito comparado demonstram que a criação judicial de normas constitui o mais novo papel das cortes constitucionais. De toda forma, o exercício da atividade criativa pelo Judiciário ainda é mal compreendido e envolto em dogmas, como o do legislador negativo kelseniano e a defesa de um modelo ultrapassado de separação de poderes. Essa fundação já não sustenta o comportamento decisório atual das cortes constitucionais e, em particular, do Supremo Tribunal Federal. Mas há fatores próprios ao sistema brasileiro que devem ser considerados, como por exemplo o texto constitucional abrangente, o desenho institucional e o tipo de comportamento judicial dos membros do Supremo Tribunal Federal. Essas variáveis não serão objeto de estudo separadamente, mas devem ser apontados para a boa compreensão do conjunto.

No direito constitucional brasileiro contemporâneo, a atuação do Supremo Tribunal Federal não se limita à interpretação de normas constitucionais e à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Com a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, a Corte passou também a exercer um *controle de efetividade* do projeto constitucional. O instrumento pode ser apontado como marco da ampliação dos poderes decisórios da Corte, dos tipos de provimento dela exigidos e do novo tipo de fiscalização constitucional realizada. Não se leva ao *Supremo* apenas questões relacionadas à compatibilização de *leis e atos normativos* com a Constituição. Pergunta-se ao STF, por exemplo, sobre a constitucionalidade ou não da realização da Marcha da Maconha, da restrição do funcionamento do WhatsApp, da greve dos caminhoneiros ou da ameaça de ingresso de policiais e interrupção de aulas em universidades públicas ou privadas. As categorias clássicas de decisão em controle de constitucionalidade já não são suficientes para sistematizar os provimentos do Supremo Tribunal Federal. O *Supremo* encontrou novas formas de comunicar e exteriorizar o conteúdo de suas decisões, mas essas técnicas têm passado ao largo do exame de boa parte da doutrina e, em última

análise, do próprio Supremo Tribunal Federal.

Feito o diagnóstico e entendida a atuação judicial normativa como um fato, presente no Brasil e em boa parte das democracias contemporâneas, qual seria então o prognóstico? Como entender a separação de poderes nesse quadro? A democracia admite a inovação judicial? Qual o fundamento para a realização de atividade legislativa pelo Supremo Tribunal Federal? A Corte pode e deve criar a norma para a resolução de qualquer caso concreto? Ou há limites e parâmetros a serem observados? O Judiciário brasileiro tem formação e está preparado para executar esse papel? Essas e outras perguntas devem guiar a atuação de juízes e tribunais, e as respostas precisam ser submetidas a rígido controle posterior da academia e da sociedade. Esse trabalho não se propõe a responder todas as indagações pertinentes ao tema, mas é preciso fazer as perguntas certas. Não se questiona se a Corte deve ou não exercer atividade criativa, mas como e por que deve se dar a normatização. Esse é o verdadeiro problema. Nesse cenário, busco mudar o foco da discussão atual e lançar luzes sobre os verdadeiros limites impostos à adoção de sentenças criativas, com a formulação de categorias e alguns parâmetros, sem pretensão de definitividade.

Dessa forma, parte-se do pressuposto de que *algum grau de atividade legislativa está contido na função jurisdicional*, mas que o exercício da normatização por juízes e tribunais submete-se a limites diferentes daqueles impostos ao legislador, estando principalmente relacionados à democracia e às capacidades institucionais do Judiciário. A partir da análise do contexto e dos limites da atividade judicial legislativa, faz-se um recorte para estudar os novos tipos de decisão do Supremo Tribunal Federal e as categorias que têm sido utilizadas para formatar o novo conteúdo de seus provimentos. Embora se insira no âmbito da criação judicial, escolhi estudar o tema sob o enfoque das novas técnicas de decisão do STF. Como *técnica de decisão* deve-se entender, para fins do presente trabalho, a forma pela qual a Corte exterioriza as decisões tomadas no exercício de suas funções constitucionais, ou seja, em qual categoria do processo constitucional o tribunal insere a sua decisão.

O acompanhamento das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal e a análise de sua jurisprudência demonstram que há pontos cegos na sistematização doutrinária, decisões peculiares, que fogem às categorias clássicas. Na falta de uma resposta técnico-decisória adequada para conformar os novos conteúdos de seus julgamentos, o STF tem-se utilizado da interpretação conforme à Constituição, a fim de rotular decisões que não se limitam à interpretação e que configuram verdadeiro exercício de atividade criativa pelo

Tribunal. Essa postura não deve ser estimulada, por constituir exercício de insinceridade normativa e dificultar o controle posterior. Por outro lado, pode resultar da insuficiência da alternativa disponível, que começa a ser estudada pela doutrina processual e constitucionalista brasileira: as sentenças manipulativas italianas.

O trabalho não se refere ao detalhamento das técnicas clássicas de decisão, nem ao estudo pormenorizado das sentenças manipulativas nos sistemas italiano, alemão, espanhol ou português. Esses temas serão tratados na medida em que forem necessários para a demonstração da insuficiência do catálogo técnico-decisório brasileiro ou da solução apenas parcial do problema pelas categorias do direito comparado. Técnicas relativamente novas de decisão, como a modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade das normas, tampouco foram objeto de estudo específico, por já terem sido positivadas e objeto de muitos trabalhos e debates. A partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, busca-se a identificação de desvios em relação às categorias clássicas e a verificação da adequação das respostas oferecidas pelo STF e pela doutrina.

O exame desses fatores levou à conclusão de que nem a ampliação do uso da interpretação conforme à Constituição, nem a adoção das sentenças manipulativas correspondiam a respostas satisfatórias para o contexto brasileiro de revisão judicial. O caso brasileiro demanda respostas próprias, porque representa modelo inédito de fiscalização no mundo. Por isso, o trabalho busca ampliar o debate com a apresentação de novas categorias de decisão para explicar a atuação normativa do STF: a *inferência constitucional* e a *integração conforme à Constituição*. Trata-se, na realidade, da identificação de um padrão decisório do STF e da tentativa de reunião dos casos sob uma mesma nomenclatura, sob o norte da Constituição de 1988. As técnicas propostas *assumem* a realização de atividade normativa pelo Supremo Tribunal Federal e buscam uma conformação maior ao direito constitucional brasileiro do que aquela realizada pelas alternativas disponíveis. Uma pequena contribuição para um longo debate, que apenas se inicia.

A delimitação das novas categorias de decisão utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal é importante porque institucionaliza a prática, gerando previsibilidade e transparência quanto à sua adoção. Além disso, aumenta a qualidade do controle sobre as decisões da Corte, principalmente sob o ponto de vista *institucional*. Se o reconhecimento da normatização pelo STF implica em transferência de poder das instituições politicamente responsáveis para o Judiciário, ainda que respeitados os limites da democracia e da capacidade institucional, a

sociedade e as instituições majoritárias precisam saber o que realmente está sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal e, além disso, ser consideradas no processo de tomada de decisão. Assim, a legitimidade do processo passa pela manutenção de instrumentos constitucionais de controle recíproco e pela introdução de argumentos institucionais no debate.

O argumento institucional soma-se aos aspectos formais e substanciais para completar a forma como o Supremo Tribunal Federal deve atuar e escolher a técnica de decisão mais apropriada para determinado caso concreto ou conjunto de casos. A preocupação com as instituições envolvidas no processo foi traduzida sob a forma de perguntas, por mim denominadas *testes institucionais*. Tais filtros encerram os três pontos de maior originalidade do trabalho: (i) a delimitação do real contexto em que exercida a fiscalização de constitucionalidade e o controle de efetividade da Constituição, que devem observar a democracia e as capacidades institucionais; (ii) a elaboração de novas categorias de decisão para conformar a atividade legislativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição de 1988 (*inferência constitucional e integração conforme à Constituição*); e (iii) a proposta de incidência de testes institucionais prévios à adoção de decisões e técnicas criativas pela Corte.

Para tanto, o primeiro capítulo trata do fenômeno da inovação pelo Supremo Tribunal Federal, com a identificação dos diferentes tipos de impacto da atuação normativa da Corte, o contexto em que realizada, e quais os fatores que funcionam como limites à inovação. Início com a sistematização da jurisprudência criativa do STF em três grupos, de acordo com o impacto produzido pelo conteúdo normativo, descrevendo os principais precedentes de cada um deles. A organização dos casos de acordo com os efeitos normativos produzidos (i) nas normas constitucionais, (ii) nas normas infraconstitucionais; e (iii) no processo constitucional, terá relevância para as técnicas de decisão propostas em capítulo próprio, que foram pensadas a partir do padrão identificado na jurisprudência da Corte. Além disso, o conhecimento prévio sobre os precedentes criativos do Supremo Tribunal Federal favorece a leitura dos demais tópicos do trabalho, pois ao longo do texto voltam a ser analisados, sob diferentes pontos de vista. A sistematização da jurisprudência normativa do STF demonstrará, por exemplo, que a atuação criativa em matéria processual é muito utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, porém pouco lembrada pela doutrina.

O primeiro capítulo também é responsável por desenhar o contexto em que se insere a

realização de atividade legislativa pelo Supremo Tribunal Federal, buscando desconstruir os principais óbices e identificar aqueles que dogmaticamente devem funcionar como limites à normatização pelas Cortes. Afasto os argumentos do legislador negativo kelseniano, aponto os motivos para adesão à leitura contemporânea do princípio da separação de poderes e desloco *os argumentos democrático e de capacidades institucionais para o centro do debate*. Além disso, insiro no contexto de normatização judicial as pré-condições geradas pela relativização do dogma da lei inconstitucional como lei nula – o que ocorreu com a positivação da modulação temporal de efeitos (Lei nº. 9.868/1999) –, e pelos novos tipos de resposta demandados da Corte via ADPF (Lei nº. 9.882/1999). Esses dois pontos não costumam ser identificados como importantes para o contexto da criação judicial normativa, mas as consequências de sua introdução no modelo brasileiro de revisão judicial foram mais do que legislativas.

Em transição para o segundo capítulo, proponho um debate sobre os dois principais fundamentos para a atuação legislativa do Supremo Tribunal Federal: o material (defesa dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático) e o processual (margem de conformação processual das cortes constitucionais). Aqui está a peculiaridade do sistema brasileiro. Para além do argumento de teoria constitucional sobre a missão das corte constitucionais para a defesa dos direitos fundamentais e da democracia, a Constituição de 1988 possui fundamento autônomo para a atuação normativa da Corte quanto ao tema: *a norma de competência judicial que se infere da previsão constitucional do mandado de injunção*. A constatação da autorização prévia concedida pelo constituinte originário para que juízes e tribunais criem a norma necessária para a fruição de direitos, não apenas no âmbito de um mandado de injunção, exige uma mudança de perspectiva ao se tratar do tema: coloca o sistema brasileiro em posição de destaque em relação aos demais e autoriza a proposta de soluções próprias.

O segundo capítulo se inicia com o recorte proposto: o estudo das novas técnicas de decisão do Supremo Tribunal Federal. A partir da apontada insuficiência das categorias clássicas para conformar os novos provimentos do STF, estuda-se a válvula de escape utilizada pelo Tribunal e a alternativa disponível no catálogo doutrinário, de resolver o problema a partir do emprego das sentenças manipulativas, com foco nas decisões aditivas oriundas no direito italiano. Desenvolvo três principais óbices ao emprego das sentenças manipulativas para conformação das novas decisões do Supremo Tribunal Federal e concluo que o uso responde apenas parcialmente o problema. Em seu lugar, com base no fundamento

específico do direito constitucional brasileiro para a criação judicial normativa, proponho a visão do problema a partir de duas novas técnicas, de acordo com o principal impacto dos efeitos normativos: a *inferência constitucional* e a *integração conforme à Constituição*. Não se trata de uma solução definitiva, mas do início do debate sob o prisma do direito constitucional *brasileiro* e da jurisprudência do STF.

O último capítulo é uma tentativa de aumentar a previsibilidade e a segurança da atuação judicial em matéria legislativa, já que o ponto mais sensível quanto à adoção de técnicas criativas de decisão está na formulação de limites precisos e operáveis metodologicamente. Separam-se três campos principais: aquele em que a Constituição veda a atuação normativa do Judiciário; um segundo onde o Supremo Tribunal Federal possui uma vantagem comparativa para normatizar, em que se pode defender uma alteração de preferência legislativa do Parlamento para o STF; e um último campo em que vige a incerteza sobre a legitimidade da criação judicial. Na tentativa de reduzir os riscos e as dúvidas da invasão do Judiciário sobre a esfera de atuação dos poderes majoritários e sobre o sistema de controle recíproco entre os Poderes, defendo que, principalmente nessa zona de incerteza, devem ser formulados três testes institucionais prévios à tomada de decisão, cujas respostas indicarão uma maior ou menor adesão da solução judicial criativa ao sistema constitucional: *o teste democrático-institucional*, *o teste dialógico* e *o teste de incentivos institucionais*. Por fim, apresento as conclusões do estudo sob a forma de proposições objetivas.

1 A INOVAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: TIPOS, CONTEXTO E LIMITES DA ATIVIDADE NORMATIVA DA CORTE

1.1 O novo papel das cortes constitucionais: a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal e seus três principais campos de impacto

Em estudo comparado sobre *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Allan Randolph Brewer-Carías analisa o sistema constitucional dos mais diferentes países para, ao final, constatar que: embora as cortes constitucionais tenham como princípio básico a sua submissão à Constituição, não invadindo o campo de atuação do legislador ou do constituinte originário, todas atuam, em maior ou menor grau, como *legisladores positivos*. A atuação como “legislador positivo” seria o *novo papel das cortes e supremas cortes do mundo*, merecendo análise e formulação de limites. Não correspondem a legisladores no sentido de propor, *de forma livre*, normas de caráter geral e abstrato. Mas o papel das cortes constitucionais se modificou radicalmente ao longo dos anos, principalmente no pós-guerra, sendo influenciado por princípios como o da conservação da norma e o da prevalência dos direitos humanos. Em casos de proteção dos direitos fundamentais, por exemplo, o professor venezuelano entende que não há dúvidas quanto à aceitação da atividade criadora dos tribunais constitucionais com interferência na função legislativa, para aplicar princípios e valores constitucionais².

No que aqui interessa, o reconhecimento desses princípios teve como consequência, por exemplo, a criação de técnicas de decisão como a interpretação conforme à Constituição e o reconhecimento da legitimidade dos tribunais para colmatarem as lacunas que impediam a fruição de direitos constitucionais por ausência total ou parcial de normas regulamentadoras. O impacto do novo papel normativo das cortes constitucionais é produzido sobre três principais áreas: (i) nas normas constitucionais, com influência no poder constituinte originário e derivado; (ii) na legislação infraconstitucional, seja ao adicionar, reduzir ou substituir provisões, seja ao decidir sobre a produção de efeitos temporais das leis, seja na

² BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Constitutional Courts as Positive Legislators*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011, p. 892.

ausência de legislação, suprindo a omissão total ou parcial do legislador ordinário; e (iii) no processo constitucional, notadamente na criação de novas técnicas de decisão.

Mas todos os três campos de normatização pelas cortes constitucionais podem ser verificados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O STF interfere criativamente no texto da Constituição e das emendas constitucionais, na legislação existente, na supressão da omissão do legislador e no processo de controle de constitucionalidade, apesar de não diferenciar esses campos, nem analisar cada hipótese de criação judicial de forma individualizada. Parece incontestável que os pressupostos para a intervenção criativa da Corte com impacto no poder constituinte são diferentes daqueles referentes à supressão da omissão em tema de direitos fundamentais, embora essa diferenciação fuja ao objeto do presente estudo. Abaixo seguem exemplos que demonstram que o Supremo Tribunal Federal exerce atividade criativa, tal como qualquer outra suprema corte, em cada um dos campos acima referidos. A lista é descritiva, mas os casos aqui citados serão utilizados ao longo do trabalho, principalmente para a apresentação da proposta de novas técnicas criativas de decisão e quando da análise de limites e estabelecimento de parâmetros para a atividade legislativa do STF.

1.1.1 Atuação normativa do STF com impacto nas normas constitucionais

A primeira forma de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal é a que produz efeitos sobre o poder constituinte originário ou derivado, porque interfere sobre o próprio texto constitucional. Ocorre, por exemplo, tanto ao (i) integrar normas constitucionais, como também ao (ii) resolver disputas federativas entre órgãos estatais, ao (iii) apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição, ou ao (iv) exercer legitimamente a chamada mutação constitucional.

Os dois principais casos em matéria de atuação positiva do STF com impacto nas normas constitucionais referem-se aos julgados sobre nepotismo (ADC 12/DF, Rel. Min. Ayres Britto) e fidelidade partidária (MS 26604/DF, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia). A ADC 12 tinha por objeto a Resolução n. 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que impedia a contratação de cônjuges, companheiros e parentes de magistrados sem concurso público. O Supremo Tribunal Federal não apenas julgou constitucional a resolução do CNJ, com

fundamento direto no princípio da moralidade previsto no art. 37 da Constituição, como *estendeu a proibição do nepotismo até o terceiro grau de parentesco nos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo; da União, Estados e Municípios*. O precedente, de conteúdo fortemente criativo, deu origem à Súmula Vinculante 13/STF³.

Na seara político-partidária, o julgamento do MS 26.604, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, adicionou à Constituição uma nova hipótese de perda do mandato parlamentar. Embora a troca voluntária de partido político (infidelidade partidária) constasse expressamente do art. 35 da Constituição de 1969 – e não houvesse sido reproduzida no art. 55 da Constituição de 1988 –, o STF considerou a fidelidade partidária como “corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal”. Acrescentou, por suposta interpretação constitucional, um novo fato gerador de perda do mandato parlamentar.

Em matéria de processo constitucional, uma decisão importante de atuação criativa do Supremo Tribunal Federal com interferência nas normas constitucionais refere-se ao julgamento dos embargos de declaração no RE 571.572/BA, Rel. Ministra Ellen Gracie. Ao apreciar os aclaratórios, sem citar a questão de fundo, o STF se deparou com a seguinte questão processual: como prestigiar a competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça para uniformizar a interpretação do direito ordinário federal, se a própria Constituição não prevê o cabimento de recurso especial contra acórdão de turmas recursais dos juizados especiais? Na hipótese, não se encontravam presentes os pressupostos de cabimento dos embargos de declaração, nem o recurso extraordinário havia sido conhecido quanto à discussão sobre a competência do STJ – tendo a matéria, quanto ao ponto, transitado em julgado. De toda forma, em razão da inexistência de outro meio processual capaz de solucionar o problema, a Corte resolveu conhecer dos embargos para solucionar a questão, declarando “o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação

³ Súmula Vinculante 13/STF: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

da legislação infraconstitucional”. Dessa forma, estabeleceu uma nova hipótese de cabimento de reclamação para o Superior Tribunal de Justiça⁴.

O impacto também pode ser sentido em matéria de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a Emenda Constitucional nº 62/2009, que alterou o art. 100 da Constituição Federal e acrescentou o art. 97 ao ADCT, cujo texto foi objeto da ADI n. 4357 e da ADI n. 4425, ambas da relatoria do Min. Luiz Fux. Do mesmo modo a Emenda Constitucional nº 73/2013, que criou quatro novos Tribunais Regionais Federais, questionada na ADI n. 5017, Rel. atual Min. Luiz Fux. Embora nem todas as ações diretas de inconstitucionalidade tenham sido julgadas no mérito, foram admitidas e processadas perante o Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, o caso dos precatórios. A Emenda Constitucional nº 62/2009 estabeleceu novo regime especial de pagamento de precatórios e foi parcialmente declarada inconstitucional nas ADIs 4357 e 4425, Rel. Min. Luiz Fux, por violação a cláusulas pétreas, como a garantia do acesso à justiça, a independência entre os poderes e a coisa julgada. Seu julgamento pode ser considerado um marco em termos de atuação do STF com impacto nas normas constitucionais, o que não significa afirmar que tenha atuado como “constituente positivo”. O Tribunal concluiu que a declaração pura e simples da inconstitucionalidade material de dispositivos da emenda geraria uma situação inconstitucional ainda mais grave: o retorno ao regime de pagamento de precatórios anterior. Considerando que a Emenda Constitucional nº 62/2009 pelo menos movimentara a fila de precatórios, resolveu estabelecer um verdadeiro *sistema normativo de transição em substituição ao anterior, criado por emenda constitucional*.

A solução encontrada é bastante complexa e envolve os seguintes pontos principais: (i) quanto à correção monetária, o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para considerar válido o índice básico da caderneta de poupança (TR) para a correção dos precatórios até a data do julgamento da modulação de efeitos (25 de março de 2015), estabelecendo, em sua substituição, o Índice de Preços ao Consumidor

⁴ O acréscimo foi registrado com precisão por Thiago Magalhães Pires: “O STF atuou como legislador positivo. Simples assim. Ao contrário do que costuma dizer, mas de acordo com sua jurisprudência recente, o Tribunal modificou o sistema constitucional para alterar, em caráter transitório, a regra pertinente ao cabimento da reclamação para o STJ. Note-se que tanto essa norma como aquela que define o cabimento do recurso especial – e que seria, por assim dizer, a grande ‘culpada’ pelo problema identificado – foram estabelecidas pelo próprio poder constituinte originário”. PIRES, Thiago Magalhães. Legislador negativo? O STF e a vinculação dos juizados especiais à jurisprudência do STF. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 15, jul-set 2009, p. 336.

Ampla Especial (IPCA-E); (ii) foram mantidas as compensações, leilões e pagamentos à vista realizados até a data do julgamento da modulação de efeitos; (iii) estendeu-se, pelo prazo de cinco anos (a contar de janeiro de 2016), a possibilidade de realização de acordos diretos com os credores de precatórios, observada a ordem de preferência e; (iv) foi atribuída ao Conselho Nacional de Justiça a competência para supervisionar o pagamento de precatórios nos termos da decisão, e para apresentar proposta normativa que solucionasse duas outras questões: a compensação de precatórios vencidos com a dívida ativa; e o uso compulsório de 50% dos depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios⁵.

Na ADI 5017, Rel. atual Min. Luiz Fux, o Ministro Joaquim Barbosa, no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia da Emenda Constitucional nº 73/2013, que acrescia parágrafo ao art. 27 do ADCT para criar os Tribunais Regionais Federais das 6^a, 7^a, 8^a, e 9^a Regiões⁶, que deveriam ser instalados em até seis meses da data de promulgação da emenda. No caso, após basear-se em estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA para concluir que os gastos com os novos tribunais eram ineficientes para enfrentar “o afogamento da Justiça Federal” – cujo gargalo, no entender do Ministro, estaria na primeira instância e nos juizados especiais –, o Min.

⁵ Para registro, há ainda outra ação direta de inconstitucionalidade proposta em matéria de precatórios, questionando a legitimidade de dispositivos da Emenda Constitucional nº 94/2016: a ADI 5679, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, cuja cautelar foi deferida nos termos da seguinte ementa da decisão monocrática: “Direito de propriedade. Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda Constitucional que autoriza o uso de depósitos judiciais para o pagamento de precatórios em atraso. Cautelar indeferida. 1. A EC 94/2015 autorizou o uso de: (i) 75% dos depósitos judiciais e administrativos, referentes a processos tributários ou não, nos quais entes estatais sejam parte; e de (ii) 20% dos demais depósitos judiciais, excluídos aqueles destinados à quitação de créditos de natureza alimentícia. Determinou, ainda, a criação de fundo garantidor com a parcela remanescente dos depósitos, para garantir a solvabilidade do sistema. 2. Emendas constitucionais são normas dotadas de presunção qualificada de constitucionalidade, em virtude do quórum elevado exigido para a sua aprovação, aspecto que reforça sua legitimidade democrática. 3. O requerente não demonstrou que o fundo garantidor, tal como idealizado, é incapaz de assegurar a solvabilidade do sistema e que, portanto, há risco real de que os particulares não levem seus depósitos no momento cabível. 4. Os recursos dos depósitos judiciais, nos termos da norma impugnada, serão utilizados exclusivamente para o pagamento de precatórios em atraso até 25.03.2015. Essa destinação condiciona o uso dos recursos à prévia constituição do fundo garantidor e impõe que os pertinentes valores sejam transferidos das contas de depósito para conta específica, vinculada ao pagamento de precatórios, administrada pelo Tribunal competente, afastando-se o trânsito desses valores pelas contas dos Tesouros estaduais ou municipais. 5. Cautelar parcialmente deferida, apenas para explicitar as condições a serem atendidas pelos entes públicos para a utilização dos recursos oriundos dos depósitos judiciais, tal como enunciado no item anterior: (i) destinação exclusiva para precatórios; (ii) prévia constituição de fundo garantidor; e (iii) não trânsito dos recursos pela conta do Tesouro”.

⁶ O art. 27, § 11º, do ADCT, acrescido pela EC 73/2013, criava os seguintes Tribunais Regionais Federais: o da 6^a Região, com sede em Curitiba e jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul; o da 7^a Região, com sede em Belo Horizonte e jurisdição no Estado de Minas Gerais; o da 8^a Região, com sede em Salvador e jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe; e o da 9^a Região, com sede em Manaus e jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima.

Joaquim Barbosa entendeu que a medida era de iniciativa privativa do Judiciário e “nem sequer a utilização do expediente de emenda à Constituição poderia atalhar a prerrogativa de iniciativa do Poder competente na propositura legislativa e nas discussões que sejam de seu *direto interesse*” (grifei). Estava em jogo, portanto, o próprio exercício do poder de emendar a Constituição quanto à organização do Poder Judiciário, ainda que o Presidente do Supremo Tribunal Federal não possua legitimidade ativa na forma do art. 60 da CF. Estava em jogo os *interesses diretos do próprio Poder*, matéria que será revisitada ao final desse trabalho quando da sugestão de parâmetros.

A atuação positiva do STF no poder constituinte também se manifesta pela utilização da chamada mutação constitucional. No julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, ambas da relatoria do Ministro Ayres Britto, a Corte reconheceu a mutação constitucional do art. 226, § 3º⁷, da CF para declarar a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, conferindo nova interpretação ao que se entendia por “entidade familiar”. Em outra oportunidade, ao julgar o RE 778.889/PE, da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o STF invocou a mutação constitucional para decidir, por maioria⁸, superar o precedente firmado no RE 197.807, Rel. Min. Octávio Gallotti⁹ e estabelecer tese segundo a qual “os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante”. Na hipótese, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a norma do art. 7º, XVIII¹⁰, CF, ao referir-se à licença *gestante*, possui comando literal *subinclusivo* e que o caso envolvia mutação

⁷ Art. 226, § 3º, CF: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁸ O Ministro Marco Aurélio votou pelo não provimento do pedido do recurso extraordinário. Afirmou que a atuação do STF é vinculada ao direito positivo e, portanto, não poderia substituir o legislador e assentar que estaria deficiente a normatividade aprovada pelos representantes do povo. Com efeito, destacou que o artigo 7º, XVIII, CF, versa sobre licença à gestante, o que pressupõe a gestação. Assim, segundo o Ministro Marco Aurélio, haveria uma dupla proteção: à mulher que engravida, que se tornará parturiente, e também à criança. Quanto ao art. 227, § 6º, da Constituição Federal, apenas impede o tratamento diferenciado aos filhos, não dizendo respeito à situação jurídica nem da gestante, nem, muito menos, da adotante. Por fim, destaca que “houve uma opção normativa, e caminhou o legislador para previsão”.

⁹ STF, Plenário, RE 197.807, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 30.05.2000, p. 18.08.2000, com a seguinte ementa: “Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria”.

¹⁰ Art. 7º, CF: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”

constitucional, pois houve alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do adotado¹¹.

Outro exemplo brasileiro de mutação constitucional corresponde ao emblemático caso do foro por prerrogativa de função¹². Em 1999, ao apreciar questão de ordem suscitada no Inquérito 687, Rel. Min. Sydney Sanches, o STF cancelou o verbete da Súmula 394¹³, em razão do aumento do número de casos daquela natureza perante o Supremo Tribunal Federal e da necessidade de racionalização dos trabalhos da corte. A jurisprudência foi revista para restringir a competência originária do Supremo Tribunal Federal somente às hipóteses em que o agente político estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função¹⁴. O novo julgamento atribuiu ao art. 102, I, “b”, da Constituição, portanto, sentido diametralmente oposto ao até então consagrado na Súmula 394/STF, vale dizer, o de que *não* haveria foro por prerrogativa de função para ex-ocupante de cargo eletivo.¹⁵

Por fim, o caso mais emblemático de mutação constitucional refere-se à Reclamação 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, que discutiu se a norma do art. 52, X¹⁶, da Constituição Federal sofrera ou não mutação constitucional. Embora sem conclusão quanto ao ponto¹⁷, seu

¹¹ Para detalhes sobre o julgamento do caso da licença-adotante, conferir MELO, Teresa. Algoritmo ou destino: a constitucionalização do direito do trabalho a partir dos votos do Ministro Luís Roberto Barroso. In: SARAIVA, Renata; OSÓRIO, Aline; GOMES, Estêvão; PEPE, Rafael Gaia (coords.). *Ministro Luís Roberto Barroso – 5 anos de Supremo Tribunal Federal: homenagem de seus assessores*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 381-397.

¹² STF, Plenário, AP 937-QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018, p. 11.12.2018.

¹³ Súmula 394/STF (cancelada): “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

¹⁴ Consta do voto do Min. Sydney Sanches, relator do Inq 687-QO, o seguinte trecho: “[Q]uando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte. Mas os tempos são outros. (...). E a Corte (...) já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição (...) É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar dando interpretação ampliativa a suas competências, quando nem pela interpretação estrita tem conseguido exercitá-las a tempo e a hora? Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional”.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

¹⁶ Art. 52, CF: “Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

¹⁷ O julgamento da Reclamação n.º 4.335/AC é de relevância histórica para o estudo da mutação constitucional, ainda que, no geral, a discussão sobre a existência ou não de mutação constitucional do art. 52, X, da CF tenha sido sombreada pela possibilidade de edição de súmulas vinculantes, autorizadas pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 e que, no particular, o caso concreto tenha sido resolvido pela edição da Súmula Vinculante n.º 26: “Para efeito de progressão de regime no

estudo é representativo da atuação criativa do Supremo quanto ao poder constituinte. O Relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, defendia ser possível, *“sem qualquer exagero, falar-se de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, conseqüentemente, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988”*. A finalidade do art. 52, X, CF, segundo o Ministro Gilmar Mendes, seria *apenas a de tornar pública a decisão do tribunal*, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos¹⁸.

O caso concreto envolvia questionamento de decisão judicial que indeferira pedido de progressão de regime em favor de apenados que cumpriam penas de reclusão em regime integralmente fechado, pela prática de crimes hediondos. A Defensoria Pública apontou, na reclamação, o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959¹⁹, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, considerando inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990. O Relator Min. Gilmar Mendes analisou o fundamento utilizado

cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

¹⁸ Para que fique mais claro, nos termos do voto do Min. Relator Gilmar Mendes: “Parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais. (...) Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica”.

¹⁹ No HC 82.959-SP, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006, p. 01.09.2006, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (“Lei dos Crimes Hediondos”), que vedava a progressão de regime em casos de crimes hediondos, em acórdão assim ementado: “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, §1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90”.

pelo juiz de direito²⁰, de que a decisão no HC 82.959/SP somente teria eficácia contra todos os condenados por crimes hediondos/equiparados a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo STF, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal. Assim, a questão principal consistia em saber se a norma do art. 52, X, da CF havia ou não sofrido mutação constitucional.

A redação do art. 52, X, da CF não comporta a interpretação de que o Senado Federal deveria simplesmente dar publicidade às decisões finais do STF em controle difuso²¹, entendimento que não deriva de seu programa normativo, afronta o diálogo entre os Poderes e retira toda a eficácia do dispositivo²². O que não se permite, a pretexto de realizar mutação constitucional, é subverter o texto do art. 52, X, da CF para proceder a uma alteração que não poderia ser admitida sequer por emenda, haja vista o óbice do art. 60, § 4º, III, da CF. A norma do art. 52, X, da Constituição confere maior legitimidade ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, já que atrai o Poder Legislativo – majoritário e representativo – para o sistema de revisão judicial, aumentando os mecanismos de diálogos institucionais²³.

²⁰ A decisão reclamada, que negara a progressão de regime para condenados por crimes hediondos, fora proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, com o seguinte fundamento: “(...) *conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado 'incidenter tantum' a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos 'inter partes'. Para que se estenda os seus efeitos erga omnes, a decisão deve ser comunicada ao Senado Federal, que discricionariamente editará resolução suspendendo o dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso*”.

²¹ Como explica J. J. Gomes Canotilho, “uma coisa é admitirem-se alterações no âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogram), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. (...) Por outras palavras que colhemos em K. Stern: a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema normativo-endogenético, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente exogenética”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.192.

²² Além disso, seria uma forma de burlar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que não cabe controle de constitucionalidade de norma constitucional originária: ao fim e ao cabo, o que se estaria afirmando com a tese da “mutação” corresponderia, na verdade, a uma declaração parcial de inconstitucionalidade do art. 52, X, da CF sem redução de texto, diante da sua incompatibilidade com o sistema misto de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição de 1988.

²³ A propósito, a tese da “objetivação do controle difuso” impede o exercício da *tentativa e erro* que o modelo difuso propicia, e ao generalizar os efeitos de declarações de inconstitucionalidade em controle difuso, aumenta também o impacto dos erros e o número de emendas constitucionais de reação a interpretações do Supremo Tribunal Federal. Em tese sobre o tema, Clara da Mota Santos Pimenta Alves conclui que o art. 52, X, CF “talvez possa propiciar diálogos e gerar ilhas dentro do nosso sistema forte de jurisdição constitucional, contribuindo para uma maior atitude geral de respeito para com o parlamento. Uma tentativa nesse sentido é, claro, muito menos custosa e árdua do que o

É exercício de controle recíproco, fruto do desenho institucional, e não mais um veículo de publicação das decisões da corte constitucional.

Não cabe ao Judiciário excluir a participação de outro Poder do jogo constitucional, que existe para diluir o efeito contramajoritário da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, sob pena de violação do sistema constitucional de freios e contrapesos de um Poder sobre o outro. Se o Legislativo (supostamente) não prestigia o disposto no art. 52, X, da Constituição²⁴, sua possível omissão não justifica uma “mutação” contra o princípio democrático. Aliás, em tempos de protagonismo judicial, o exercício da faculdade nele contida constitui importante freio à atuação do Supremo Tribunal Federal, gerando incentivos para que a Corte passe a atribuir maior peso à margem de apreciação do legislador e à autocontenção no exercício de seu papel de guarda da Constituição.

1.1.2 Atuação normativa do STF com impacto na legislação infraconstitucional e na ausência de legislação

O segundo campo de incidência de decisões de cunho criativo do Supremo Tribunal Federal refere-se à legislação infraconstitucional, porque relacionado à essência do controle de constitucionalidade das leis: o papel de interpretar e verificar a compatibilidade e a efetividade de leis e atos normativos com a Constituição Federal. A partir da consagração de técnicas de decisão que evitam ao máximo a declaração de inconstitucionalidade das normas, prestigiando-se a sua conservação e a atuação do legislador ordinário, aumenta-se o conteúdo criativo dos julgados do STF em relação às leis existentes. Ao invés de simplesmente declarar uma lei como inconstitucional, o Supremo tem buscado determinar quais as interpretações da norma são compatíveis com a Constituição; ou promover a alteração

processo de tramitação de emenda constitucional”. PIMENTA ALVES, Clara da Mota Santos. *Mutação constitucional na era do ativismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 191-192.

²⁴ O trabalho empírico realizado por Fábio Carvalho Leite demonstra o contrário do entendimento difuso e difundido sobre a inércia do Senado Federal. Ver LEITE, Fábio Carvalho. Mitos e equívocos sobre a participação do senado no controle de constitucionalidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 52, jan/jun 2018, p. 67-97. Disponível em <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1055/505>. Acesso em 18 set. 2018.

normativa capaz de torná-la constitucional; ou mesmo adicionar o conteúdo necessário para afastar sua inconstitucionalidade.

Há várias decisões que exemplificam a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal com impacto na legislação infraconstitucional. Para alguns, o julgamento da ADPF 54, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, inovou no Código Penal ao criar uma hipótese de excludente de tipicidade do crime de aborto: o reconhecimento de que a interrupção terapêutica do parto no caso de gravidez de fetos anencefálicos não se encontraria tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal²⁵. Do mesmo modo, ao julgar a ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição, sem redução do texto dos arts. 20 e 21²⁶ do Código Civil para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de expressão, declarar inexigível a necessidade de consentimento do biografado para a publicação de suas biografias.

Outro julgado com interferência criativa da Corte na legislação infraconstitucional refere-se à ADI 3.324, Rel. Min. Marco Aurélio, que apreciou a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.536/1997. A norma garantia ao servidor público removido *ex officio* (no interesse da Administração) para localidade diversa, o direito de transferência “entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga”. Embora a lei não restringisse o exercício do direito à congeneridade das instituições, o STF estabeleceu que a interpretação do dispositivo em conformidade com a Constituição “pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congeneridade das instituições envolvidas – de privada para privada, de pública para pública –, mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem – de privada para pública”.

²⁵ De acordo com a teoria do bem jurídico, não haveria crime por impossibilidade de ofensa ao bem jurídico protegido, já que na gravidez de fetos anencefálicos não existe vida em potencial. No caso, a norma penal incriminadora é ilegítima. Sobre o tema, conferir TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Inovações constitucionais no direito penal. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 3, n. 4, 1990, p. 51-72.

²⁶ Art. 20, Código Civil: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. Art. 21, Código Civil: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Em paralelo, a técnica da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por sua própria natureza, dá origem a muitas decisões de impacto direto na legislação infraconstitucional, como as que determinam uma data no futuro para que a lei declarada inconstitucional deixe de produzir efeitos jurídicos válidos (*vacatio sententiae*). As zonas de certeza correspondentes aos efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* há muito deixaram de representar resposta adequada para conformar a decisão acerca do momento da produção de efeitos da inconstitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da autorização do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999, já admitia a fixação do momento em que uma lei declarada inconstitucional deveria deixar de produzir efeitos.

Hoje, não há dúvidas de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo passaram a transitar numa escala que se inicia com o efeito retroativo puro (*ex tunc*), passa pelo efeito retroativo determinado no tempo (*pro praeteriti*), chega no efeito prospectivo puro (*ex nunc*) e termina no efeito prospectivo determinado no tempo (*pro futuro*). Nesse sentido, uma lei pode ser declarada inconstitucional desde a sua edição; a partir de determinada data no passado (como a concessão da cautelar, por exemplo); ou somente a partir da data do julgamento; ou da publicação da *ata* de julgamento; ou da publicação do acórdão; ou, ainda, em data estabelecida no futuro. Decidir sobre a manutenção ou não da eficácia de uma lei – ainda que por prazo limitado – corresponde a uma atuação positiva do STF na legislação infraconstitucional.

A técnica da modulação temporal de efeitos não se confunde com a *convalidação da inconstitucionalidade*, tipo de decisão que já foi tomada mais de uma vez pelo Supremo Tribunal Federal sob a forma de “modulação temporal”. Foi o que ocorreu, por exemplo, na ADI 4.029, da relatoria do Ministro Luiz Fux²⁷, proposta em face da lei federal que criara o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), sob alegação de que a medida provisória que deu origem à lei de criação do Instituto não havia sido examinada pela Comissão Mista de Deputados e Senadores de que trata o art. 62, § 9º, da CF²⁸, além de não ter atendido aos requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62, *caput*, da CF. Em defesa da norma, a Advocacia-Geral da União alegou que, apesar da ausência de apreciação da Comissão Mista, a medida provisória fora analisada por deputado relator nomeado pelo

²⁷ STF, Plenário, ADI n.º 4029/DF, Relator Min. Luiz Fux, j. 08/03/2012, p. 27/06/2012.

²⁸ Art. 62, § 9º, CF: “Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional”.

Congresso Nacional, na forma da Resolução nº 1º/2002 do Congresso Nacional, que dispensava a prolação de parecer por parte da Comissão Mista, sendo suficiente a elaboração de razões de relevância e urgência por parlamentar relator. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, reconheceu a existência de vício no processo legislativo tendo, por maioria, declarado a inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos, da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Após a decisão, a Advocacia-Geral da União apresentou questão de ordem informando que aproximadamente *quinhentas* medidas provisórias tramitaram mediante a adoção do procedimento declarado inconstitucional e, das que se encontravam em tramitação à época, outras cinquenta já haviam incorrido no mesmo vício. Assim, para garantir segurança jurídica às normas editadas, submeteu ao Plenário o pedido para concessão de prazo de vinte e quatro meses para que o Congresso Nacional pudesse adaptar o processo de tramitação de medidas provisórias à nova orientação. O Ministro Relator Luiz Fux propôs “uma leve ponderação, que seria a seguinte: a partir de então, de agora, as novas medidas provisórias deveriam se submeter àquele procedimento legislativo constitucional – as novas –; e as que já tramitaram e estão tramitando que sejam consideradas válidas pelo processo que elas seguiram”. A questão de ordem foi acolhida. Semelhante solução foi adotada na ADI nº 5.127, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, que vedou o chamado “contrabando legislativo”²⁹ na lei de conversão de medidas provisórias. Na ocasião, decidiu-se pela *manutenção* de todas as leis de conversão fruto da prática inconstitucional, promulgadas até a data do julgamento, inclusive a impugnada naquela ação.

Dos casos narrados é preciso diferenciar as hipóteses em que a decisão do Supremo Tribunal Federal acaba por *manter a própria norma declarada inconstitucional* – passando “por cima” do vício de inconstitucionalidade – daquelas em que a Corte conserva temporalmente apenas os *efeitos concretos da norma* declarada inconstitucional, retirando a norma inconstitucional do ordenamento. A hipótese em que a norma declarada inconstitucional permanece *genérica e abstratamente* regendo as situações que nela se enquadrem, apesar da declaração de sua inconstitucionalidade, é bem diferente do caso em que a norma declarada inconstitucional é retirada do ordenamento jurídico, mantendo-se

²⁹ Em linhas gerais, a prática refere-se à apresentação de emendas parlamentares sem pertinência temática com a medida provisória sujeita à aprovação do Legislativo.

circunstancialmente apenas os efeitos concretos com base nela produzidos, por razões de interesse público ou de segurança jurídica. No “caso dos precatórios”, ainda que o STF tenha admitido a continuidade de produção de efeitos pelo prazo de cinco anos após a declaração de inconstitucionalidade da emenda à constituição, a partir daí os dispositivos seriam extirpados do ordenamento. Essa sim é hipótese de modulação de efeitos temporais, na modalidade *pro futuro*.

Diferentemente, no “caso ICMBio” e no “caso do contrabando legislativo”, o Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade da própria norma arguida como inconstitucional, mas sim do costume legislativo não compatível com a Constituição que contaminou o processo legislativo (ou seja, da não criação da comissão prevista no art. 62, § 9º, da CF, ou da inclusão, na lei de conversão da medida provisória, de dispositivos sem pertinência temática com a MP). Essa situação se refere a uma *convalidação da lei inconstitucional*, e não à modulação de efeitos temporais, já que a lei inconstitucional continuará no ordenamento, com os atributos de generalidade e abstração, produzindo efeitos indefinidamente (apesar de o costume inconstitucional que contaminou o processo de sua elaboração ter sido afastado). É preciso que fique claro para o Supremo Tribunal Federal que *decisões convalidatórias de inconstitucionalidade não se confundem com a técnica de modulação temporal de efeitos da lei inconstitucional*, devendo-se nomear os institutos por seus nomes próprios, a fim de permitir o debate franco e honesto a respeito da admissão, em cada caso, da convalidação de uma inconstitucionalidade.

De outro lado, é para o campo da omissão inconstitucional e de suas repercussões que o foco de estudo em matéria de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal tem classicamente se orientado, principalmente nos casos em que a ausência de regulamentação interfere na fruição de direitos fundamentais³⁰. Isso porque, além da prever a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) para o controle do impacto da omissão legislativa na higidez do sistema normativo, a Constituição de 1988 estabeleceu uma garantia específica

³⁰ “Se considerarmos que os direitos fundamentais são condições para a cooperação democrática, então, o Judiciário possui também a prerrogativa de concretizá-los quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa. (...) Não há, portanto, obstáculos democráticos à possibilidade de o Judiciário elaborar a norma regulamentadora capaz de permitir a concretização de tais condições. Pelo contrário, a democracia o requer. Para que se justifique a atuação judiciária, é necessário apenas que a não-regulamentação implique deixar de concretizar um direito fundamental. Do contrário, cabe à maioria decidir sobre a conveniência e a oportunidade de elaborar a norma regulamentadora”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Revista Interesse Público*, v. 43, 2007, p. 114.

quando em jogo direitos subjetivos: o mandado de injunção³¹, cuja construção seguiu uma longa caminhada jurisprudencial. De um (i) primeiro momento em que o Supremo entendia que só deveria dar ciência da mora ao Poder Legislativo, passou-se pela (ii) concepção intermediária, em que o tribunal estabelecia prazo para a aprovação de norma regulamentadora, até chegar ao (iii) momento atual, em que o Supremo Tribunal Federal já assume que juridicamente lhe cabe estabelecer a norma faltante. Ou seja: com base em fundamento constitucional, o Supremo reconhece seu papel de legislador provisório, cujas normas serão válidas até a superveniência de lei infraconstitucional regulamentadora da matéria.

Três importantes temas foram julgados pelo STF em mandado de injunção: o direito de greve no serviço público, o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos e a necessidade de regulamentação do aviso prévio. O primeiro foi objeto do MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, do MI 670/ES, Rel. Min. Rosa Weber e do MI 712/PA, Rel. Min. Luiz Fux. Diante da ausência de norma regulamentadora do art. 37, VII, da CF³², o Supremo Tribunal Federal decidiu caber à Corte adotar “medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se config(asse) como ofensa ao modelo de separação de poderes”³³.

Aplicou ao setor público, por analogia, a Lei nº 7.783/1999, que disciplina o direito de greve no âmbito privado. E mais. O reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos e a ausência de norma regulamentadora produzia ainda uma outra consequência: a necessidade de fixar a competência constitucional para processo e julgamento dos dissídios de greve do setor público. Até a definitiva disciplina legislativa, o STF sanou a omissão para aplicar, também por analogia, os critérios da Lei nº 7.701/1998³⁴ para decidir se a

³¹ Art. 5º, LXXI, CF: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

³² Art. 37, VII, CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VII – O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

³³ Trecho da ementa do julgamento conjunto dos mandados de injunção referidos.

³⁴ Quanto ao ponto, decidiu o Supremo: “se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, “a”, da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou

competência para processo e julgamento dos futuros casos seria do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais de Justiça.

No MI 721, Rel. Min. Rel. Marco Aurélio, o STF não apenas verificou a ausência de regulamentação do art. 40, § 4º³⁵, da Constituição Federal, que disciplina a aposentadoria especial no serviço público, como determinou a aplicação do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91³⁶, por analogia. Estendeu a regra do regime geral de previdência social ao regime próprio, porque ambas tratariam de aposentadoria especial. Embora aqui, a rigor, a razão de direito não seja a mesma, o STF aplicou a regra do regime geral por presunção de que os casos seriam iguais. A analogia é recurso muito utilizado para suprir a ausência de regulamentação de direitos subjetivos, porque seu fundamento é o princípio da igualdade, na medida em que onde existe a mesma razão deve haver a mesma disposição do direito. Mas no MI 943, Rel. Min. Gilmar Mendes, o STF constatou a inexistência de qualquer parâmetro normativo preestabelecido em matéria de aviso prévio proporcional, como ocorrera com o direito de greve ou com a aposentadoria especial. O Ministro Gilmar Mendes, então, indicou adiamento do feito para consolidar as propostas de regulamentação da matéria, de forma a concretizar o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Nesse ínterim, em prazo recorde, foi publicada a Lei 12.506/2011, que finalmente disciplinou o instituto³⁷, passando a ser aplicada pelo Supremo Tribunal Federal aos casos pendentes de julgamento final.

1.1.3 Atuação normativa do STF com impacto no processo constitucional

municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais”. STF, Plenário, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, p. 31.10.2008.

³⁵ Art. 40, § 4º, CF: “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores”.

³⁶ Art. 57, § 1º, Lei 8.213/1999: “A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício”.

³⁷ Art.1º, Lei n. 12.506/2011: “O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa. Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias”.

Em matéria de processo constitucional, a atividade inovadora do Supremo Tribunal Federal tem sido exercida de duas formas principais: para interpretar ampliativamente as competências da Corte, e para a criação de meios processuais para solucionar o caso concreto. O maior exemplo de *ampliação* de uma competência do Supremo Tribunal Federal refere-se à possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas à Constituição³⁸, que embora não listada expressamente no rol do art. 102 da Constituição Federal, decorreu da *interpretação* conjunta do art. 102, I, *a*, e do art. 62, §4º, da CF. Hoje, o STF entende que lhe cabe realizar o controle de qualquer emenda à Constituição, independentemente da matéria, o que não sustento nesse trabalho. Como se verá adiante, a competência para a revisão judicial de emendas à constituição é fruto de *inferência constitucional* e precisa ser justificada caso a caso. Ao Supremo Tribunal Federal não cabe autoconferir-se uma nova competência constitucional, de forma genérica e abstrata, além das já previstas no art. 102 da CF. O desenho dos Poderes do Estado, e de seus *checks e balances*, foi realizado pelo constituinte e precisa ser levado em consideração no caso concreto, sob pena de inviabilização do sistema, de desequilíbrio entre os Poderes, e de hegemonia de um sobre o outro – tudo o que não se quer em um Estado limitado por uma constituição. Outra criação de competência realizada pelo STF, mas em favor do Superior Tribunal de Justiça, refere-se à hipótese de cabimento de reclamação para o STJ quando em jogo a uniformização da interpretação da lei federal realizada pelos juizados especiais e incabível recurso especial³⁹.

As *soluções processuais* do Supremo Tribunal Federal são muitas, e não se referem apenas à criação de novas técnicas de decisão ou à inserção de novas competências, o pacote criativo processual possui os mais diversos expedientes. Para citar apenas três exemplos, *todos decididos monocraticamente*, já houve (i) deferimento de medida cautelar *de ofício* em ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, *sem* pedido expresso do requerente na petição inicial⁴⁰; (ii) deferimento de medida cautelar sem pedido expresso nos autos, porém

³⁸ STF, Plenário, ADI 829, Rel. Min. Moreira Alves, j.14.04.1993, p. 16.09.1994: “Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o STF competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional – no caso, a n. 2, de 25 de Agosto de 1992 – impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas”.

³⁹ STF, Plenário, RE 571.572-EDcl, Rel. Ministra Ellen Gracie, j. 26.08.2009, p. 27.11.2009.

⁴⁰ STF, decisão monocrática ADI 5.908-MC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 15.03.2018, p. 20.03.2018.

formulado *em despacho oral* da parte requerente da ADI com o Relator⁴¹; e (iii) suspensão cautelar do andamento de todos processos que apresentem relação com o objeto da ação, determinada no âmbito de *ação direta de inconstitucionalidade*⁴², apesar de a autorização normativa referir-se a essa possibilidade no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/1999⁴³), da ação declaratória de constitucionalidade (art. 21 da Lei nº 9.868/1999⁴⁴) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 12-F, §1º, da Lei nº 9.868/1999⁴⁵).

O tema renderia uma tese própria. Restringindo-se ao estudo proposto, a parcela de inovação que mais interessa está na criação de novas técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Quanto ao ponto, o acórdão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol (PET 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. atual Min. Luís Roberto Barroso) é um exemplo de atividade criativa em sede de processo constitucional – e por sinal muito questionável. A Corte, por maioria, considerou válido o procedimento de demarcação contínua da reserva indígena (ao invés da demarcação em ilhas), mas estabeleceu uma série de *salvaguardas institucionais* para a execução do julgado, decorrentes do art. 231 e 232 da Constituição. Embora nem todas as condicionantes possam, de fato, ser reconduzidas ao texto constitucional, como se analisará mais a frente, por ora basta registrar que *a declaração de constitucionalidade com a fixação de subregras constitucionais* corresponde a uma técnica de decisão inédita no STF. O Tribunal estabeleceu um verdadeiro regime jurídico de constitucionalidade, a partir da incidência de dezenove condicionantes.

⁴¹ STF, decisão monocrática ADI 5.365-MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 1º.10.2015, p. 05.10.2015.

⁴² STF, decisão monocrática ADI 5.609-MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 16.05.2017, p. 19.05.2017.

⁴³ Art. 5º, Lei n. 9.882/1999: “O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. (...) § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente da coisa julgada”.

⁴⁴ Art. 21, Lei n. 9.868/1999: “O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”.

⁴⁵ Art. 12-F, § 1º, Lei n. 9.868/1999: “A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal”.

A doutrina não conseguiu classificar o acórdão da PET 3.388, Rel. atual Ministro Luís Roberto Barroso, porque seu conteúdo não se adequa à nenhuma categoria de decisão existente na doutrina brasileira do controle de constitucionalidade⁴⁶. Muitos qualificam o acórdão como uma *decisão aditiva*, mas os pressupostos das aditivas não se encontram presentes na hipótese, como se estudará em item pertinente. Fato é que o conjunto chamado pelo Supremo Tribunal Federal de *salvaguardas institucionais* no caso Raposa Serra do Sol é conhecido pela Corte Constitucional da Colômbia como *subregras constitucionais*⁴⁷, núcleo da técnica de decisão colombiana que identifiquei por *decisão paramétrica*⁴⁸ (*sentencias hito*), embora na corte vizinha tenha servido para qualificar decisões que declaram a inconstitucionalidade, não a constitucionalidade. O que o Supremo Tribunal Federal consagrou no precedente da Raposa Serra do Sol foi o uso da *sentença paramétrica de constitucionalidade*, embora nem todos os parâmetros firmados no precedente ostentem, de fato, o atributo da constitucionalidade.

Outra técnica de decisão com origem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal refere-se à modulação de efeitos *subjetivos* em mandado de injunção, uma vez que a hipótese não é expressamente abarcada pelo art. 27 da Lei n. 9.868/1999, restrita à modulação *temporal* de efeitos. Embora o *writ* configure exemplo de processo subjetivo e, por natureza, produza efeitos *inter partes*, o Supremo já vinha reconhecendo sua dimensão objetiva para ampliar os efeitos das decisões proferidas em mandado de injunção aos casos semelhantes,

⁴⁶ Gabriel Accioly refere-se à decisão como *sui generis*. GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 174.

⁴⁷ Subregras constitucionais, no direito colombiano, correspondem a “formulações que permitem aplicar o direito previsto abstratamente na Constituição diretamente a um caso concreto, por intermédio de comandos jurídicos prescritivos formulados pelo tribunal”. GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Tipología de nuestras Sentencias Constitucionales. *Revista Universitas*, núm. 108, dez. 2004, p. 596.

⁴⁸ Sobre as técnicas de decisão da Corte Constitucional da Colômbia, confira-se MELO, Teresa. *Precisamos falar sobre a Colômbia: tipos de sentença e técnicas de decisão da Corte Constitucional*, 2018, no prelo. No artigo, com base na doutrina constitucional da Colômbia, estabeleço a seguinte sistematização: “1. Quanto ao sentido da decisão: sentenças estimatórias e sentenças desestimatórias. 2. Quanto à manipulação do conteúdo: 2.a. Sentenças interpretativas ou de constitucionalidade condicionada (de acolhimento ou de rechaço); 2.b. Sentenças integradoras ou aditivas; 2.c. Sentenças substitutivas; 2.d. Sentenças apelativas ou exortativas (de delegação, por inconstitucionalidade simples ou por constitucionalidade precária). 3. Quanto à modulação dos efeitos: 3.a. Sentenças com efeitos retroativos ou *ex tunc*; 3.b. Sentenças prospectivas (com efeitos *pro futuro* e *ex nunc*); 3.c. Sentenças de inconstitucionalidade diferida ou de constitucionalidade temporal; 3.d. Sentenças com modulação subjetiva. 4. Quanto às considerações da Corte: 4.a. Sentenças fundacionalistas; 4.b. Sentenças paramétricas; 4.c. Sentenças confirmadoras de princípio; 4.d. Sentenças *pop*. 5. Modelos específicos da Corte Constitucional Colombiana: 5.a. Sentenças de unificação de jurisprudência; 5.b. Sentenças sobre o mínimo existencial”.

conferindo-lhe eficácia subjetiva *ultra partes*. A inovação jurisprudencial foi incorporada pelo art. 9º, § 1º, da Lei nº 13.300/2016⁴⁹, embora a lei regulamentadora do mandado de injunção pareça ter reagido à jurisprudência ampliativa do Supremo Tribunal Federal, dando um passo atrás ao prever, como *regra*, (i) a eficácia subjetiva limitada às partes (art. 9º da Lei nº 13.300/2016⁵⁰); e (ii) a necessidade de a injunção determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição de norma regulamentadora (art. 8º, I, da Lei nº 13.300/2016⁵¹). Certamente haverá embates quanto ao ponto, mas os reflexos da alteração normativa ainda não foram sentidos no Supremo Tribunal Federal.

Uma decisão que passou abaixo do radar corresponde à questionável declaração incidental de inconstitucionalidade em controle abstrato, com efeitos vinculantes. A *declaração incidental de inconstitucionalidade em controle abstrato, com efeito vinculante*, ocorreu em parte dos julgados do chamado “caso amianto”, apreciados conjuntamente pelo STF na ADI 3.406 e na ADI 3.470, ambas da relatoria da Ministra Rosa Weber. O acórdão encontra-se pendente de publicação, mas o cerne da decisão consta da ata da sessão de julgamento, do dia 29.11.2017, disponível para consulta no sítio eletrônico do STF: “*O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e erga omnes*” (grifo acrescentado).⁵²

Em sessão ocorrida meses antes, para julgar a inconstitucionalidade de outras leis estaduais sobre a mesma questão, o STF havia produzido decisão diferente. Em 24.08.2017, no julgamento conjunto das ADIs 3937, 3356, 3357 e da ADPF 109, Red. para acórdão Ministro Dias Toffoli, consta da ata da decisão de julgamento o seguinte: “*O Tribunal julgou*

⁴⁹ Art. 9º, §1º, Lei nº 13.300/2016: “Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”.

⁵⁰ Art. 9º, Lei nº 13.300/2016: “A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”.

⁵¹ Art. 8º, I, Lei nº 13.300/2016: “Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora”.

⁵² STF, Plenário, ADI 3.406 e ADI 3.470, Rel. Min. Rosa Weber, j. 29.11.2017, acórdão pendente de publicação. A ata da decisão de julgamento continua: “Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que divergia parcialmente para julgar parcialmente procedente o pedido e dar interpretação conforme aos arts. 2º e 3º da Lei 3.579 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos de seu voto. Ao final, o Tribunal indeferiu pedido de análise de modulação de efeitos suscitado da tribuna. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski”.

improcedente a ação direta, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Luiz Fux, que julgavam procedente a ação, e vencido parcialmente o Ministro Alexandre de Moraes, que julgava improcedente a ação, sem declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95.”

Os julgamentos envolviam conflitos entre leis estaduais e a lei federal: a lei *federal* que permitia o uso do amianto *do tipo crisotila* em todo o país (Lei nº 9.055/1995), e leis *estaduais* que proibiam a utilização de *qualquer tipo* de amianto nos limites de seus territórios. Ou seja, em matéria de iniciativa legislativa concorrente⁵³, os estados-membros legislaram de forma mais rígida (proibiam todos os tipos de amianto, sem exceção), do que a União (que proibia todos os tipos de amianto, com exceção do crisotila)⁵⁴.

As ações diretas de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental haviam sido propostas apenas contra as leis estaduais – sem impugnação da lei federal –, mas o Supremo Tribunal Federal entendeu que a declaração de (in)constitucionalidade das leis locais pressupunha a manifestação da Corte sobre a (in)constitucionalidade da lei federal⁵⁵. Por isso, em pelo menos um dos julgamentos conjuntos (ADI 3.406 e ADI 3.470, Rel^a. Min^a. Rosa Weber), ao concluir pela constitucionalidade das leis estaduais proibitivas de todos os tipos de amianto, o STF também declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da lei federal, que permitia a espécie crisotila – porém com efeitos *erga omnes* e vinculantes. Trata-se, sem dúvida, de nova técnica de decisão em controle de constitucionalidade das normas – ainda que o Supremo ainda não

⁵³ A matéria versa sobre produção e consumo (art. 24, V, CF/88), proteção do meio ambiente (art. 24, VI) e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF/88).

⁵⁴ Sobre esse ponto manifestou-se o redator para acórdão, Ministro Dias Toffoli: “Assim, se a lei federal admite, de modo restrito, o uso do amianto, em tese, a lei estadual ou municipal não poderia proibi-lo totalmente, pois, desse modo, atuaria de forma contrária à prescrição da norma geral federal. Nesse caso, não temos norma suplementar, mas norma contrária/substitutiva à lei geral, em detrimento da competência legislativa da União (...) No entanto, pelos fundamentos que serão expostos a seguir, entendo que o art. 2º da Lei federal no 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição de 1988, razão pela qual os estados passaram a ter competência legislativa plena sobre a matéria até que sobrevenha eventual nova legislação federal, nos termos do art. 24, §§ 3º e 4º, da CF/88”.

⁵⁵ Consta do voto do redator para acórdão, Ministro Dias Toffoli: “Embora a Lei federal no 9.055/95 não seja impugnada nestas ações - somente na ADI no 4.066 (a qual estou impedido de julgar por ter atuado nela como Advogado-Geral da União) -, a causa de pedir nas ações de controle concentrado é aberta e ‘o STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão’ (Rcl 4374/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 4/9/13)”.

tenha decidido definitivamente a questão, que suscita diversas dúvidas: se a declaração de inconstitucionalidade se produziu de forma incidental, como declarar sua eficácia *erga omnes* e vinculante sem a participação do Senado Federal? Buscou-se aqui novamente afastar o comando do art. 52, X, da CF? Quais os impactos da universalização desse entendimento no sistema constitucional de freios e contrapesos?

Todos esses casos, dos três grandes campos identificados, demonstram que a discussão acerca da possibilidade ou não de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal demonstra um desvio de perspectiva. A verdadeira questão não está em saber *se* o STF pode inovar normativamente, porque é certo que *algum grau de atividade legislativa está contido na função jurisdicional das cortes*. Entretanto, porque juízes *não* são legisladores, estão sujeitos a limites diferenciados no exercício da atividade normativa. Como se verá, esses limites – que certamente existem – não se confundem com as objeções clássicas ao exercício da normatização pelo Judiciário, como o legislador negativo de Kelsen e o princípio da separação de poderes, que se desestruturam quando confrontados com o texto e o projeto da Constituição de 1988.

No recorte do Professor Conrado Hübner Mendes, “*passamos a discutir ‘se’ uma Corte está ou não legislando, e não ‘quando, como, quanto e por que’ legisla*”⁵⁶. A atuação legislativa das cortes constitucionais em geral, e do Supremo Tribunal Federal em particular, não é uma idiosincrasia do STF, é um papel que está sendo exercido pela maioria dos tribunais constitucionais do mundo e que decorre da própria Constituição, por menos usual que essa afirmação possa parecer. Estabelecida a premissa de que existe atividade legislativa *dentro* da função jurisdicional, passa-se então à necessidade mais importante na matéria: a definição de limites, critérios e parâmetros para a intervenção criativa da Corte⁵⁷, contribuição que esse trabalho visa apresentar, sem a pretensão de definitividade. Antes disso, porém, é preciso analisar como se chegou até o momento atual, de criação de normas pelo Judiciário, passando pela descrição do tipo de fiscalização que o Supremo Tribunal Federal exerce nos dias de hoje. Entendido o contexto, discutem-se os limites e fundamentos para o exercício da

⁵⁶ MENDES, Conrado Hübner. Ativismo social, não judicial. Disponível em <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/ativismo-social-nao-judicial-22983759>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁵⁷ No campo da omissão inconstitucional há alguns trabalhos doutrinários que estabelecem parâmetros para a atuação positiva legítima do Supremo. Ver, por exemplo, SARLET, Ingo; VIANNA, Rodrigo. A tutela dos direitos fundamentais e o STF como “legislador positivo”. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 13, n. 2, jul-dez 2013, p. 95-133.

atividade legislativa pelo STF: se o legislador negativo kelseniano e a separação de poderes não são os verdadeiros limites à normatização pelo Supremo Tribunal Federal, quais são?

1.2 O contexto da assunção do papel normativo pelo Supremo Tribunal Federal: superação de dogmas e leitura contemporânea do princípio da separação de poderes

1.2.1 A queda do primeiro dogma: adeus ao legislador negativo de Kelsen

Quem é o legislador negativo de Kelsen? Sua concepção pode ser transplantada para o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade? As premissas da teoria se encontram presentes no Brasil? Essas são apenas algumas das perguntas que o Supremo Tribunal Federal deveria formular ao se deparar com situações que exigem algum grau de criação judicial, antes de fazer uso do *coringa* em se transformou o legislador negativo kelseniano. A constatação de que o Supremo Tribunal Federal atua de forma criativa é recorrente na doutrina, que em geral enuncia esse fato para associá-lo a alguma espécie de ativismo e cita alguns exemplos de decisões que confirmariam a tese. Não é suficiente. É preciso, em acréscimo, demonstrar que o legislador negativo kelseniano é *incompatível* com a Constituição de 1988 e que não pode, sob qualquer ângulo de análise, ser utilizado como fundamento das decisões da Corte. Uma decisão que se fundamenta no legislador negativo kelseniano é uma não decisão.

De acordo com Kelsen, como regra geral, haveria atividade legislativa nas hipóteses em que a decisão de um caso concreto, em princípio com eficácia subjetiva *inter partes*, passasse a servir de parâmetro para decisões futuras sobre o mesmo tema. A atribuição de eficácia *erga omnes* ao produto da atividade judicial (em princípio exercida apenas entre as partes), resultaria na atribuição de natureza *legislativa* ao ato, já que presente o caráter de norma geral.⁵⁸ O dogma do legislador negativo kelseniano nasce nesse contexto, seguindo a

⁵⁸ Kelsen teria identificado esse caráter de regra geral em três situações, de acordo com Gabriel Accioly: (i) quando cria uma solução cujo conteúdo não pode ser reconduzido a uma norma jurídica prévia, servindo como precedente para aplicação a casos posteriores; (ii) quando determina qual a interpretação deve ser seguida no caso de uma norma plurissignificativa e, (iii) na declaração de inconstitucionalidade de uma lei. GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do*

seguinte construção: “*anular uma lei significa pôr uma norma geral, já que tal anulação tem o mesmo caractere de generalidade da formação da lei, sendo por assim dizer uma formação de signo negativo, e portanto uma função legislativa*”⁵⁹. A categorização das cortes como legisladores negativos teria surgido não para afastar, mas “*para remarcar o caráter criativo da jurisdição constitucional precisamente porque, de um lado, evidencia que todo ato jurídico é ao mesmo tempo criação (de direito novo) e execução de direito (já existente) e, de outro, lança um golpe contra a ideia tradicional de que, entre legislação e jurisdição, haveria uma diferença ontológica*”⁶⁰.

A expressão *legislador*, ainda que com o sinal negativo, é empregada por Kelsen em seu sentido técnico. Para Kelsen, declarar uma lei inconstitucional é atividade de natureza *legislativa*, dado seu caráter de norma geral. Por isso, a partir daí, formata um modelo de controle de constitucionalidade de uso exclusivo por uma Corte Constitucional (ou nela *concentrado*), sem a coparticipação dos demais órgãos do Judiciário. A criação de um tribunal especializado no controle de constitucionalidade buscava obstar a fruição de atividade legislativa pelas instâncias ordinárias, impedindo desequilíbrios na divisão de funções entre os três Poderes do Estado, e foi formulada por Kelsen como resposta teórica à crítica endereçada à *judicial review* americana, que supostamente afrontaria o princípio da separação de poderes. Seria a Corte, *e apenas ela*, partícipe da atividade legislativa. Nas clássicas palavras do próprio Kelsen:

A anulação de um ato legislativo por um órgão distinto do órgão legislativo é, de fato, uma ingerência no chamado “poder legislativo”. Tal argumento, entretanto, revelar-se-á muito problemático se considerarmos que o órgão a que é confiada a anulação das leis

direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 139.

⁵⁹ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austríaca e americana. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 311.

⁶⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 89. A mesma constatação consta de trabalho de Gabriel Accioly: “Partindo da noção de que, como regra geral, o que distingue a função legislativa da jurisdicional é o fato de que as normas provenientes desta possuem caráter individual, enquanto as daquela teriam caráter geral, aduz Kelsen que a invalidação de uma lei teria o mesmo grau de generalidade do que a edição normativa, embora, no caso da anulação, o que ocorreria seria a elaboração de uma norma geral com sinal negativo, cujo efeito seria o de eliminar do sistema o ato inconstitucional. Por se tratar de uma norma geral que retira, e não agrega conteúdos ao direito, tratar-se-ia de uma legislação negativa” GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito*: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 139.

inconstitucionais *não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional*, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal. Tanto que se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa. *E um tribunal que tenha o poder de anular leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo*⁶¹. (grifos acrescentados)

Embora a afirmação de que a corte constitucional integra o Legislativo deva ser entendida contextualmente, Kelsen conclui afirmando que a atividade da Corte não equivale à função legislativa porque, (i) embora exista *criação* na atividade jurisdicional, tal como na atividade legislativa, (ii) ela não se exerce de forma *livre* – sendo a diferença entre jurisdição e legislação uma questão de grau, não de natureza⁶². Por seu raciocínio, a atividade de anular leis detém natureza legislativa e deve ser atribuída a um órgão específico – de forma concentrada – porque somente esse desenho institucional garantiria o devido respeito ao princípio da separação de poderes. O fundamento de Kelsen, portanto, *não* se refere ao fato de que seria ilegítimo ao Judiciário criar normas, mas justo o contrário: reconhecida a premissa de que, ao criar normas, a atividade (legislativa) judicial promoveria um desbalanceamento do equilíbrio entre os Poderes, deveria ser atribuída com exclusividade à uma corte constitucional – fora da estrutura do Judiciário e do insulamento que lhe é peculiar, e assim mais próxima à política. Ou, na síntese de Cláudio Pereira de Souza Neto, a formulação original do “legislador negativo” possui sentido diametralmente *oposto* àquele empregado pelo Supremo Tribunal Federal⁶³.

⁶¹ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). *Revista de Direito Público*, n. 1, jul-set 2003, p. 108-109.

⁶² KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). *Revista de Direito Público*, n. 1, jul-set 2003, p. 91: “Não há entre as duas funções uma oposição absoluta, como entre a criação e a aplicação do Direito, mas antes uma oposição meramente relativa. Um exame mais apurado mostra que ambas as funções são um ato de criação e, ao mesmo tempo, de aplicação do Direito. A legiferação e a execução não são duas funções estatais coordenadas; são duas etapas hierarquizadas do processo de criação do Direito e, também, duas etapas intermediárias”.

⁶³ “O uso que o STF faz desse termo ‘legislador negativo’ não corresponde à sua formulação original. Para enfatizar a natureza constitutiva (i.e, criadora de normatividade) da decisão da Corte constitucional, Kelsen afirma que ela possui *função legislativa negativa* (...). Segundo o autor, a decisão que anula a lei ‘inconstitucional’ é, na realidade, um ato de revogação da lei. Daí porque, para Kelsen, a decisão do Tribunal constitucional deve apenas gerar efeitos *ex nunc*, prospectivos. Pode-se considerar, portanto, que, em certo sentido, na formulação original, a expressão possuía um

Apesar da necessidade de superação do dogma do legislador negativo, Kelsen tinha razão em relação a um ponto, que subsiste até os dias atuais: não cabe ao Judiciário, no processo de controle de efetividade da Constituição, a criação normativa *de forma livre*. Os limites à atividade legislativa do Judiciário são diferentes dos limites da função legislativa do Parlamento, ainda que os dois estejam simultaneamente sujeitos à Constituição. Se a qualificação “negativo” não serve mais à descrição e à prescrição da atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, a palavra “legislador” deve ser lida à luz da função jurisdicional e dos limites das cortes constitucionais. Embora o Judiciário exerça *atividade* legislativa, não possui *função* legislativa, tal qual a função típica exercida pelo Poder Legislativo na divisão (funcional) de Poderes⁶⁴. Ainda que Judiciário e Legislativo estejam *simultaneamente* submetidos à moldura constitucional, dada a natureza de poderes constituídos, a realização de escolhas entre *indiferentes jurídicos*⁶⁵ (desde que constitucionais) é própria da função legislativa⁶⁶. A discricionariedade é atributo das funções constituídas e majoritárias, não do Judiciário, cuja *função é jurisdicional*. A regra deve ser a realização de escolhas pelos representantes politicamente eleitos pelo povo.

significado inverso ao atribuído pelo STF. Este é o principal critério utilizado pela Corte para justificar sua atuação: não lhe caberia criar direito novo, mas tão-só declarar a nulidade do direito criado em desacordo com a Constituição”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Revista Interesse Público*, v. 43, 2007, p. 106.

⁶⁴ Essa divisão, porém, jamais se verificou na prática e já se considera impossível de ser concretizada: “The pure doctrine of the separation of powers implied that the functions of government could be uniquely divided up between the branches of government in such a way that no branch need ever exercise the function of another. *In practice such a division of function has never been achieved, nor indeed is it desirable that it should be, for it would involve a disjuncture in the actions of government which would be intolerable.* But the criticism of the threefold conception of government functions can be taken much further than pointing out that it has never been wholly achieved in practice. It can be suggested that the ‘multifunctionality’ of political structures can, and perhaps must, be carried to the point where any attempt at a division of functions is quite impossible”. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Oxford University Press, 1967, p. 349.

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 283.

⁶⁶ A diferença entre legislação e jurisdição pode ser estudada a partir das lições de Ricardo Guastini, apresentadas por Antônio Peleja Júnior: “sob o ponto de vista material, pode-se fazer uma distinção em quatro níveis: a lei tem um conteúdo tipicamente normativo e abstrato, enquanto a sentença possui um conteúdo individual e concreto; a lei é o resultado de um ato de vontade, enquanto a sentença é fruto de um duplo ato de conhecimento ou acerto: escolha da lei por meio da interpretação e escolha do caso concreto submetido a juízo; a legislação é uma atividade ‘livre’ e não tem um escopo predeterminado, ao passo que a jurisdição é uma atividade que tem por escopo aplicar a lei; por último, enquanto a legislação é uma atividade primária, originária e independente de outra, a jurisdição é uma atividade estruturalmente subordinada à lei e logicamente dependente da legislação”. PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 148. V., também, GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge: lezioni di diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 11-12.

É nesse sentido que se afirma que não cabe ao Poder Judiciário a livre realização de escolhas no exercício da atividade legislativa (criativa), ainda que em determinadas situações lhe seja legítimo elaborar normas para garantir a realização do projeto previsto na Constituição. A propósito, há autores que defendem que a atividade legislativa do Judiciário – e não a função jurisdicional em si –, consiste no verdadeiro fundamento para a garantia da independência dos juízes, uma vez que, para bem exercer a criação legislativa, devem estar protegidos contra as mais variadas pressões⁶⁷. A compatibilização entre a função legislativa do Legislativo e a atividade legislativa do Judiciário passa pelo reconhecimento de que a “última palavra provisória” em matéria de *legislação* sempre caberá ao Legislativo, ou seja, de que a criação judicial encontra-se sujeita à revisão do poder preferencialmente desenhado para legislar⁶⁸.

Feito o registro, a terceira premissa em que se funda a construção teórica kelseniana diz respeito ao (iii) conceito que o autor atribui à Constituição. Dentro da célebre estrutura escalonada da ordem jurídica, Constituição corresponde à “*base fundamental da ordem estatal*”, sendo responsável por regular “a elaboração das leis, (e) das normas gerais em execução das quais atuam os órgãos estatais – tribunais e autoridades administrativas”⁶⁹. Isso significa dizer que, para Kelsen, apenas as normas relativas ao *processo legislativo* e aos *órgãos do Estado* são normas constitucionais no sentido estrito – e restrito – do termo. Todas as demais normas, acaso presentes no texto constitucional, seriam apenas *formalmente* constitucionais. O *conteúdo* de Constituição, assim, restringe-se às normas criadoras de leis e definidoras dos órgãos do Estado, o que exclui do conceito de normas materialmente constitucionais aquelas referentes aos direitos fundamentais. É o que se depreende da seguinte passagem:

⁶⁷ “The reason for the independence of the judiciary, therefore, and incidentally of juries, is not that they perform a judicial function, an expression to which it is very difficult to give a precise meaning. The argument for the independence of the judge is that in performing his function of rule-interpretation he should not be subject to pressure that would cause him to vary the meaning of the rules to suit the views of the persons affected by them, and that in ascertaining “facts” he will not be influenced by considerations of expediency. It is an essential element in the maintenance of that stability and predictability of the rules which is the core of constitutionalism”. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Oxford University Press, 1967, p. 361.

⁶⁸ “(C)an we then save the idea of functionalism in the sense in which it has traditionally been used in the analysis of political systems? The first idea which we might use is that of a hierarchy or structure of rules, so that even if we accept that judges and administrators *must* also make rules these will be subordinated to those made by the legislature”. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Oxford University Press, 1967, p. 351.

⁶⁹ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). *Revista Direito Público*, n. 1, jul-set 2003, p. 95.

Um núcleo permanente perpassa as múltiplas transformações sofridas pela noção de Constituição: a ideia de um princípio supremo, que determina a ordem estatal em sua totalidade e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Qualquer que seja a definição da Constituição, essa é sempre o alicerce do Estado, a base da ordem jurídica que se pretende abarcar. O que sempre, e em primeiro lugar, se entende por Constituição – nisso coincidindo essa noção com a de forma do Estado – é um princípio em que se expressa juridicamente o equilíbrio das forças políticas do momento, uma norma que regula a elaboração das leis, das normas gerais em execução das quais atuam os órgãos estatais – tribunais e autoridades administrativas. Essa regra da criação das normas jurídicas essenciais do Estado, da determinação dos órgãos e do processo legislativo forma a Constituição, no sentido próprio, original e estrito do termo. (...) *nada se opõe a que essa forma constitucional também seja usada para normas que não fazem parte da Constituição no sentido estrito*, em primeiro lugar para normas reguladoras, não da criação, mas do conteúdo das leis. *Disso resulta a noção de Constituição no sentido lato. É a noção a que se recorre quando as Constituições modernas contêm, além das regras relativas aos órgãos e ao processo legislativo, uma enumeração de direitos fundamentais da pessoa ou de liberdades individuais*⁷⁰. (grifo acrescentado)

Da sua noção de Constituição decorre o quarto pressuposto da sua doutrina: como, para Kelsen, as normas de direitos fundamentais não possuem o conteúdo próprio de Constituição, sendo apenas formalmente constitucionais, uma lei que violasse um direito fundamental seria apenas *formalmente* inconstitucional. E mais: por não conceber limites ao poder de reforma da Constituição, uma lei contrária à Constituição deixaria de sê-lo caso viesse a ser aprovada como emenda à Constituição. Vale dizer, o único tipo de inconstitucionalidade concebido por Kelsen é a *inconstitucionalidade formal*. É o que se depreende da seguinte passagem:

(...) distingue-se amiúde a inconstitucionalidade formal da inconstitucionalidade material das leis. Tal distinção só pode ser aceita com a ressalva de que a chamada inconstitucionalidade material é, em última análise, uma inconstitucionalidade formal: uma lei cujo conteúdo fere as prescrições da Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse aprovada como uma lei de natureza constitucional⁷¹.

⁷⁰ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). *Revista de Direito Público*, n. 1, jul-set 2003, p. 96.

⁷¹ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). *Revista de Direito Público*, n. 1, jul-set 2003, p. 96.

Com a noção de Constituição em sentido formal, busca reduzir o parâmetro de controle para conter ao máximo a atividade criativa dos juízes constitucionais que, como ele mesmo afirma, podem vir a criar norma geral. É uma teoria preocupada em responder as críticas de que o controle de constitucionalidade judicial violaria a separação de Poderes. A saída encontrada foi reduzir o alcance do controle, tanto com a previsão de um único órgão capaz de exercer essa competência (e de forma concentrada), quanto com a restrição das normas que deveriam necessariamente figurar na Constituição, o que por conseguinte diminui o parâmetro de controle de constitucionalidade das leis. As normas de direitos fundamentais – que na Constituição de 1988 são listadas em extenso rol, têm aplicabilidade imediata e, mais do que isso, constituem cláusulas pétreas –, para Kelsen *não são fonte de direitos* e sequer deveriam figurar no texto constitucional. O não reconhecimento dos direitos fundamentais como normas materialmente constitucionais e, nessa qualidade, insuscetíveis de funcionarem como parâmetro para a verificação da constitucionalidade das leis com eles incompatíveis, corresponde ao *principal sustentáculo* da construção kelseniana de que as cortes constitucionais atuam apenas como legisladores negativos⁷².

À Kelsen os méritos da implementação, na Constituição Austríaca, de um modelo de jurisdição constitucional que ajudou a formular⁷³. Somos devedores de suas ideias⁷⁴, mas estamos atrasados em superar de vez o dogma do legislador negativo, que só faz sentido dentro do modelo formulado por Kelsen. Não há fundamento para reproduzi-lo no sistema

⁷² Ver GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 147. De acordo com o autor, “além de se tratar de um modelo de Constituição francamente incompatível com os adotados desde o segundo pós-guerra, tal concepção torna a Lei Maior alheia à totalidade dos casos processados perante a jurisdição ordinária, já que a fonte dos direitos individuais adjudicáveis é deslocada para um patamar infraconstitucional, qual seja, a lei. A finalidade da Constituição exaure-se em um âmbito normativo interno, de estruturação lógica do ordenamento jurídico, não se projetando sobre a sociedade senão de forma mediata, através da invalidação de normas inconstitucionais, ocupando-se a jurisdição constitucional, assim, meramente, de um problema de conflito de normas de estágios distintos”.

⁷³ Características do modelo concentrado kelseniano já podiam ser verificadas, desde 1858, em países como Colômbia e Venezuela. Portanto, apenas 50 (cinquenta) anos após *Marbury v. Madison* (1808) e antes mesmo da edição da Constituição Austríaca de 1920. Confira-se: “(t)he fact was that the system, by that time and without the need to create a separate constitutional court, was already in existence, with similar substantive trends in some Latin American countries such as Colombia and Venezuela, where the annulment powers regarding unconstitutional statutes had been granted since 1858 to supreme courts of justice”. BREWER-CARIAS, Allan Randolph. *Constitutional Courts as Positive Legislators*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011, p. 8-9.

⁷⁴ Já se tornou célebre a afirmação de Francisco Javier Diaz Revorio, de que “somos devedores de Kelsen, mas não ‘escravos’ de suas ideias” (tradução livre). REVORIO, Francisco Javier Diaz. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 305.

idealizado pela Constituição de 1988, como sinalizado em alguns votos do STF⁷⁵. Nem sob o ponto de vista da teoria e da filosofia constitucionais, nem sob a ótica da prática da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O legislador negativo de Kelsen não é o mesmo legislador negativo do Supremo Tribunal Federal. A versão do STF “*constitui exemplo singular de uso sincrético de teorias inconciliáveis, qual seja, a combinação de um positivismo à la Escola da Exegese com o normativismo kelseniano*”⁷⁶.

A Constituição de 1988, por conter normas abertas e de cunho abstrato, (i) demanda a atividade criativa dos juízes e tribunais. Dado seu caráter analítico e seu extenso rol de direitos fundamentais – com natureza de cláusulas pétreas e de aplicabilidade imediata –, (ii) não se adequa à noção kelseniana de *constituição em sentido estrito*, nem ao seu conceito de normas formalmente constitucionais. A previsão, por exemplo, de uma garantia constitucional como o mandado de injunção, aliada à interpretação que atualmente lhe confere o Supremo, (iii) autoriza a concretização de direitos pelo STF. A atribuição de diversas competências jurisdicionais ao Supremo Tribunal Federal, que não se resumem ao controle de

⁷⁵ É preciso registrar as tentativas do Ministro Gilmar Mendes de convencer seus pares a superar o dogma do legislador negativo. Por todas, cito trecho de voto proferido na ADPF 54: “A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação. Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano, do qual cito a seguir alguns trechos: ‘*La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de ‘legislador negativo’. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico ‘arsenal’ sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple ‘constitucionalidad/ inconstitucionalidad’, es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, ‘la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección’ de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, ‘certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo’.* (...) Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade”.

⁷⁶ BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 44, jan-jun 2014, p. 190.

constitucionalidade, (iv) retira do tribunal a natureza de estrita Corte Constitucional⁷⁷.

Além disso, como se verá a seguir, (v) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade *de leis e atos normativos* evoluiu para um controle de efetividade da *própria Constituição*. Para tanto, admite as formas difusa e concentrada de verificação da constitucionalidade, autoriza o controle de normas pré-constitucionais (se violadoras de preceitos fundamentais da Constituição de 1988), o uso das mais diversas técnicas de decisão para a concretização e realização do projeto constitucional, e produz normas gerais por múltiplas vias: pela edição de súmulas vinculantes, pelo julgamento de questões recursais com repercussão geral reconhecida, pelo sistema de vinculação a precedentes, pela modulação temporal de efeitos, pelo controle da omissão *etc.* Não permite, sob qualquer ângulo de análise, a qualificação do STF como legislador negativo.

A tese do legislador negativo como freio à atividade criativa do STF só se justifica por razões de conveniência da Corte. O Supremo Tribunal Federal substitui a vontade do legislador, acrescenta normas, modifica as anteriores, cria as faltantes, interfere no poder constituinte, mas, quando entende conveniente não fazê-lo, veste a capa de legislador negativo e joga o coringa na mesa. O dogma poderia ser substituído, com ganhos em argumentação e motivação, por uma postura judicial de deferência, pelo reconhecimento da margem de apreciação do legislador ou, até mesmo, por uma análise comparativa de capacidades institucionais. Mas além dele, outros dois temas devem ser examinados no contexto das objeções clássicas à atuação normativa do Supremo Tribunal Federal: o dogma da lei inconstitucional como lei nula, e o princípio da separação de Poderes.

⁷⁷ O Supremo não possui nem a natureza, nem o comportamento de corte constitucional. Em artigo publicado no portal JOTA sobre a ferramenta *Supremo em Números*, analisei a estatística do STF e cheguei à seguinte conclusão: “Por fim o diagnóstico mais representativo da crise de identidade por que passa o Supremo Tribunal Federal: embora tenha como função precípua a guarda da Constituição, somente subsidiariamente atua no controle abstrato de constitucionalidade das normas, talvez sua mais significativa face de corte constitucional. Os processos com maior tempo de tramitação são justamente os de controle concentrado de constitucionalidade, que levam, em média, mais de 7 anos para serem resolvidos. Segundo o relatório, entre os casos de controle concentrado baixados em 2016, cerca de 33,6% já tinham mais de uma década de duração. E não é só: respondem pelas maiores taxas de congestionamento do STF, superiores a 90% – a significar que mais de 90% dos processos de controle concentrado em curso perante o STF foram protocolizados antes de 2016. Se a litigiosidade está concentrada nas classes processuais que provocam a competência revisora do STF, também nela estão seus esforços. Onde está o tesouro do STF, aí não está o seu coração”. MELO, Teresa. *Supremo em ação: o que nos diz a mais nova ferramenta de controle da Corte*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supremo-em-acao-ferramenta-controle-10052018>>. Acesso em 30 mai. 2018.

1.2.2 A relativização do segundo dogma: lei inconstitucional nem sempre será lei nula

Eis um dogma que não costuma ser associado à atuação das cortes constitucionais como legisladores positivos, mas que precisou ser desconstruído para que se chegasse ao momento atual. O conhecimento convencional propaga a noção de que a lei inconstitucional é lei nula de pleno direito, incapaz de produzir ou de ter produzido efeitos jurídicos válidos, cabendo aos juízes e tribunais apenas a *declaração* da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. Ainda de acordo com a doutrina clássica, reconhecer efeitos jurídicos a uma lei incompatível com a Constituição corresponderia a lhe negar supremacia⁷⁸. Por isso, qualquer modulação da lei inconstitucional não seria compatível com o sistema jurídico brasileiro.

Essa premissa foi expressamente afastada com a aprovação do instituto da modulação temporal de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevista no art. 27 da Lei nº. 9.868/1999⁷⁹ para as ADIs, ADOs e ADCs, e reproduzida pelo art. 11 da Lei nº 9.882/1999⁸⁰ para as ADPFs – o que abriu espaço para a Corte modular (e atuar criativamente) não apenas em relação aos efeitos no tempo. Mas antes de discutir essa hipótese, uma questão precisa de resposta: afinal, lei inconstitucional é lei nula? Se nula, deve necessariamente operar efeitos retroativamente? Qual o impacto da resposta a essas perguntas sobre a criação de novas técnicas de decisão pelo Supremo Tribunal Federal?

A manipulação temporal dos efeitos das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade só foi possível porque o próprio Supremo, paulatinamente após à promulgação da Constituição – e, portanto, antes das autorizações normativas –, já vinha

⁷⁸ Esse é o fundamento utilizado pelo Ministro Marco Aurélio Mello para a não aplicação da norma prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/1999.

⁷⁹ Art. 27, Lei nº 9.868/1999: “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”. Ao elaborar a regra do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, o legislador inspirou-se no art. 284, nº 4, da Constituição de Portugal, que permite ao Tribunal Constitucional graduar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade quando o exigirem a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo.

⁸⁰ Art. 11, Lei nº 9.882/1999: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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”.

flexibilizando o dogma da *lei inconstitucional como lei nula*⁸¹. Com a aprovação das leis n.º 9.868/1999 e n.º 9.882/1999, a prática anterior do STF apenas se institucionaliza: o tribunal amplia o rol de técnicas de decisão, podendo restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tivesse eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou de outro momento que viesse a ser fixado, desde que satisfeitos os requisitos (i) *material*, de existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social⁸² e (ii) *processual*, pelo voto da maioria de dois terços dos membros da Corte⁸³.

O dogma da nulidade da lei inconstitucional é herança do sistema americano de controle de constitucionalidade, que serviu de inspiração a Ruy Barbosa na elaboração do texto da Constituição dos *Estados Unidos do Brasil* de 1891. O modelo de *judicial review*, desde as clássicas palavras do Juiz John Marshall ao apreciar o caso *Marbury v. Madison*⁸⁴, baseia-se na *declaração* de uma inconstitucionalidade *preexistente* pela Suprema Corte. Pela sistemática, a inconstitucionalidade não seria constituída com a decisão do Judiciário, mas

⁸¹ Em acórdão da relatoria do Ministro Francisco Rezek, por exemplo, a corte reconheceu em 1993 que a “jurisprudência do STF” havia se firmado “no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”. STF, Segunda Turma, RE 122.202/MG, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 10.08.1993, p. 08.04.1994.

⁸² A possibilidade foi considerada, por alguns Ministros do STF, como uma técnica “alternativa”: “A aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede, porém, que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. (...) Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não importem, necessariamente, na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico”. STF, Plenário, RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, p. 07.05.2004.

⁸³ O caráter político herdado da “política judicial de conveniência” ainda reverbera em algumas propostas de modulação de efeitos, como a realizada pelo Relator no julgamento do RE 500.171 - ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.03.2011, p. 03.06.2011: “Eu apenas quero ressaltar um aspecto técnico: ainda que seja caso de rejeição (dos embargos de declaração), eu entendo que o Tribunal pode exercer a *discricionariedade política* de fazer a modulação dos efeitos temporais”. Ainda que os conceitos de segurança jurídica e de interesse social sejam abertos e plurissignificativos, a modulação de efeitos tal como estabelecida em lei não está sujeita à conveniência do Tribunal.

⁸⁴ *Marbury v. Madison*, (5 U.S.) 137 (1803). Consta do voto de John Marshall o seguinte trecho pertinente, reproduzido por Lêda Boechat: “A Constituição é a lei suprema e a lei que a contraria é nula. Tal teoria está essencialmente ligada a uma Constituição escrita e, conseqüentemente, deve ser considerada por esta Corte como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade. Não deve, por isso, ser perdida de vista na ulterior consideração deste assunto. Se uma lei do Congresso, contrária a Constituição, é nula, obriga, apesar de sua invalidade, os tribunais, e devem estes dar-lhe efeito? Ou, em outras palavras, embora não seja lei constitui regra operante, como se lei fosse? Admiti-lo corresponderia a negar, de fato, o estabelecido na teoria; e pareceria, ao primeiro golpe de vista, absurdo tão grosseiro que sobre o mesmo é desnecessário insistir”. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 37.

declarada, sendo os atos inconstitucionais nulos e írritos (*null and void*) desde o início. Por isso, os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade deveriam retroagir à edição da lei, solução indispensável para o reestabelecimento da higidez do sistema. Ou seja, na formulação original do modelo americano de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade da lei deveria ser seguida pela pronúncia da sua nulidade, com produção de efeitos *ex tunc*.

Em contraposição ao modelo americano costuma-se apresentar o modelo austríaco idealizado por Kelsen, em que a inconstitucionalidade é *constituída* com a decisão da Corte Constitucional e considerada *anulável*⁸⁵. Vale dizer, se a lei foi regularmente aprovada pelo processo legislativo e entrou em vigor, seus efeitos só deveriam cessar com a pronúncia da inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, sendo certo que até a manifestação da Corte a lei deveria ser considerada válida. De acordo com Kelsen, afirmar que uma lei é inconstitucional significaria apenas acrescentar ao ordenamento uma outra modalidade de supressão da lei: além da possibilidade de a lei ser revogada por uma lei posterior, também pode ser suprimida do ordenamento jurídico a partir da decisão de inconstitucionalidade da Corte Constitucional, já que a manifestação judicial *constitui* o vício⁸⁶.

Da forma como contrapostos os modelos americano e austríaco, não é equivocado afirmar que a forma de produção de efeitos estaria intrinsecamente ligada à natureza jurídica do ato inconstitucional. Se nulo, operaria efeitos *ex tunc*. Se anulável, operaria efeitos *ex nunc*. Ocorre que, com o passar dos anos, houve a dissociação entre os binômios nulidade-retroatividade e anulabilidade-prospectividade, tanto nos Estados Unidos, quanto na Áustria.

⁸⁵ “Segundo o pensamento de Kelsen, no mundo jurídico não existem atos nulos, toda norma jurídica é sempre válida, isto é, não é nula, mas pode ser anulada. Existem, todavia, diferentes graus de anulabilidade. Uma norma jurídica, em regra, é anulada com efeitos para o futuro, mas o ordenamento jurídico pode estabelecer que a anulação opere retroativamente, hipótese em que se costuma caracterizar, de forma incorreta, a norma como nula *ab initio* ou nula de pleno direito. Quando a ordem jurídica dispõe que a lei conflitante com a Constituição é nula, necessita determinar qual é a autoridade competente para verificar a presença dos pressupostos da nulidade. Essa apreciação tem caráter constitutivo, pois sem ela a lei não pode ser considerada nula”. GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 170, out.dez/1987, p. 18-40.

⁸⁶ Nas palavras do próprio Kelsen: “Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 300.

Como afirma Mauro Cappelletti, tal como “na *Áustria as exigências práticas levaram, em 1929, a uma atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade, assim, por outro lado, nos Estados Unidos da América, como já foi aludido, e, igualmente, na Alemanha e na Itália, as exigências práticas induziram a atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia ex tunc, ou seja, da retroatividade*”⁸⁷.

A prática voltou-se contra a teoria, demonstrando a inexistência de vinculação necessária entre a natureza jurídica da lei inconstitucional e os efeitos que dela decorrem. No sistema americano, a lei inconstitucional continua sendo considerada *nula*, mas os efeitos da declaração da inconstitucionalidade podem ou não ser produzidos retroativamente, já que “*the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect*”⁸⁸. A supremacia da Constituição, que fundamenta o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e no Brasil, não *impõe* a retroatividade dos efeitos. Para citar três hipóteses genéricas que demonstram essa dissociação, (i) a supressão retroativa da norma inconstitucional poderia, em tese, gerar vácuo normativo ainda mais gravoso e incompatível com outros valores constitucionais; (ii) a inconstitucionalidade poderia ser reconhecida após a vigência prolongada da lei, possibilitando a consolidação de diversas situações jurídicas que não seria constitucional ignorar; e (iii) a inconstitucionalidade pode operar de forma *superveniente*, o que por definição excepciona a retroatividade plena da declaração de inconstitucionalidade.

Mas o tripé da formulação original do modelo americano, formado por *nulidade, caráter declaratório da decisão e efeito ex tunc da desconstituição*, continua a representar o *lugar comum das obras nacionais*⁸⁹, apesar de não mais sustentar sequer o sistema americano

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 122.

⁸⁸ A essa conclusão chegou a Suprema Corte dos Estados Unidos ao apreciar o caso *Linkletter v. Walker*, explicado por Daniel Sarmento: “o cidadão Linkletter havia sido criminalmente condenado com base em provas ilícitas. Depois da sua condenação definitiva, a Suprema Corte, no caso *Mapp v. Ohio*, passara a estender a vedação do uso de provas ilícitas (*exclusionary rule*) aos Estados. Assim, Linkletter pediu à Suprema Corte a revisão da sua condenação, mas esta denegou o pedido, sob o fundamento de que *‘the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect’*. Segundo tal entendimento, a Suprema Corte poderia ponderar, em face do caso concreto, as vantagens e desvantagens decorrentes da retroatividade dos seus julgados. (...) Posteriormente, em *Stovall v. Denno*, apreciando outra causa penal, a Suprema Corte definiu que a retroatividade ou não da nova orientação jurisdicional dependeria, essencialmente: (a) dos fundamentos que levaram à mudança da jurisprudência, (b) do grau de confiança das autoridades legais na jurisprudência anterior, e (c) dos efeitos na administração da justiça da aplicação retroativa da nova jurisprudência”. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (org). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 112-113.

⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo

de controle de constitucionalidade. A alternativa da jurisdição constitucional clássica, entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade da lei com eficácia *ex tunc*, “faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem”⁹⁰.

Sob a ótica do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o dogma da nulidade da lei inconstitucional produz, no mínimo, duas inconsistências: (i) associa a inconstitucionalidade com a nulidade, o que nem sempre é verdadeiro; e (ii) vincula nulidade à retroatividade dos efeitos o que, como visto, corresponde a uma petição de princípio⁹¹. Ao mesmo tempo, a doutrina não questiona a possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, na interpretação conforme à Constituição, na declaração de lei “ainda constitucional” (com ou sem apelo ao legislador), observa-se com tranquilidade que há inconstitucionalidade, mas não há nulidade. Somente a dissociação entre nulidade e inconstitucionalidade é capaz de explicar a criação dessas técnicas. Na declaração de inconstitucionalidade por omissão, tampouco se pode falar em pronúncia da nulidade da lei, seja porque a regulamentação é inexistente (no caso de omissão total), seja porque a retirada da lei parcialmente omissa do ordenamento jurídico agravaria ainda mais a situação de omissão (no caso de omissão parcial)⁹².

E mais: a associação entre inconstitucionalidade e nulidade tampouco é coerente com o sistema de controle difuso de constitucionalidade, já que a *stare decisis* inexistente no Brasil. Se é certo que a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei em controle difuso em

brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, out/dez-2002, p. 220.

⁹⁰ STF, Plenário, RE 135.328, Rel. originário Min. Sepúlveda Pertence, Rel. atual Min. Marco Aurélio, j. 29.06.1994, p. 20.04.2001.

⁹¹ Nas palavras de Ana Paula Ávila: “é nulo, porque não produz efeitos e não produz efeitos porque é nulo, ou é anulável porque produz efeitos ou produz efeitos porque é anulável. Como se pretende demonstrar, nulidade e anulabilidade são, intrinsecamente, muito mais parecidas do que diferentes”. ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

⁹² Aliás, na precisa observação de Daniel Sarmento, no caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial, “a aplicação da lei inconstitucional, até que outra advenha para cumprir os ditames constitucionais, se afigura um imperativo reclamado pela própria Lei Maior”. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (org). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 117.

regra produz efeitos apenas entre as partes do processo, também é certo que o diploma normativo inconstitucional permanece no ordenamento jurídico e produz efeitos para todas as demais pessoas. Se lei inconstitucional fosse lei nula e se a nulidade exigisse a desconstituição retroativa de todos os efeitos da norma, o sistema difuso de controle de constitucionalidade brasileiro teria um vício intrínseco – o que nem mesmo a previsão do art. 52, X, da CF, seria capaz de resolver. Em segundo lugar, ainda que a lei inconstitucional *também* possa ser nula, a nulidade não exige ou impõe a desconstituição retroativa de efeitos. A decisão sobre o momento em que a inconstitucionalidade deve produzir efeitos decorre de uma ponderação entre normas constitucionais. Diante do caso concreto, deve-se atribuir pesos à nulidade da lei e aos valores e princípios de estatura constitucional atingidos pelos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A depender do resultado do balanceamento, os efeitos poderão se produzir *ex tunc*, *pro praeteriti*, *ex nunc* ou *pro futuro*.

Estabelecidas essas premissas, pode-se afirmar que a lei inconstitucional *nem sempre* será lei nula. A nulidade é a maior sanção para um ato inconstitucional, mas com ele não se confunde. E ainda que nula, pode admitir a produção de efeitos, se assim determinar o resultado da ponderação⁹³. Nas palavras de Gomes Canotilho:

- (1) inconstitucionalidade e nulidade não são conceitos idênticos;
- (2) a nulidade é um resultado da inconstitucionalidade, isto é, corresponde a uma reacção da ordem jurídica contra a violação das normas constitucionais;
- (3) a nulidade não é uma consequência lógica e necessária da inconstitucionalidade, pois, tal como na doutrina civilística a *ilicitude de* um acto pode conduzir à nulidade ou anulabilidade, e na doutrina administrativa a *ilegalidade* é susceptível de ter como reacção desfavorável a nulidade ou anulabilidade, também a *constitucionalidade* é susceptível de várias sanções, diversamente configuradas pelo ordenamento jurídico⁹⁴

⁹³ Em virtude da relativização da nulidade da lei inconstitucional e da possibilidade de lhe reconhecer efeitos jurídicos válidos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho questiona, por último, a natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade: “não se pode mais considerar declaratória a natureza da ação direta de inconstitucionalidade, mas sim constitutiva-negativa, para empregar a lição de Pontes de Miranda. Sim, porque a decisão não irá apenas declarar um fato – estar a lei viciada de inconstitucionalidade – mas irá desconstituí-la, neste ou naqueles termos, a partir deste ou daquele momento”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, out/dez-2002, p. 227.

⁹⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 952-953.

É nesse contexto que surge a norma do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999, cuja exposição de motivos já fazia menção à inadequação da pronúncia da nulidade em determinados casos, bem como à possibilidade de uma lei inconstitucional produzir efeitos⁹⁵. A positivação da técnica da modulação temporal de efeitos não apenas institucionalizou uma prática que lhe antecederia, estabelecendo quórum e parâmetros de aplicação, *como relativizou, por lei, o dogma da nulidade da lei inconstitucional*. Passada a fase inicial de desconfiança, a maior consequência da positivação da técnica da modulação temporal de efeitos foi possibilitar que o Supremo Tribunal Federal questionasse abertamente os efeitos de suas decisões e, em alguns casos, até mesmo revisitasse a teoria da nulidade⁹⁶. Essa libertação teórico-metodológica pode ser apontada como o segundo grande passo para a diversificação das técnicas de decisão do Supremo Tribunal Federal, levando a Corte a admitir expressamente, por exemplo, a modulação da *constitucionalidade* e da não-recepção.

A modulação da declaração de *constitucionalidade* ocorreu, por exemplo, no julgamento do RE 631.240, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, cujo pedido foi julgado parcialmente procedente para declarar *constitucional* a exigência de prévio requerimento administrativo a fim de comprovar o interesse de agir para demandar em juízo o pedido de concessão de benefício previdenciário. Na ocasião, em razão da prolongada oscilação da jurisprudência sobre a matéria, o Min. Luís Roberto Barroso estabeleceu uma fórmula detalhada e eficiente de transição⁹⁷. Quanto ao juízo de não-recepção, o Supremo Tribunal

⁹⁵ Exposição de motivos lei 9868: “ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional”.

⁹⁶ Nesse sentido, confira-se trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 370.682, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.06.2006, p. 19.12.2007: “As referidas disposições afastam, pois, a imposição obrigatória da sanção de nulidade, com efeitos *ex tunc*, visto que autorizaram o STF a estabelecer, discricionariamente, tendo como balizas os conceitos indeterminados de ‘segurança jurídica’ ou de ‘excepcional interesse social’, que sua decisão, em certos casos, tenha eficácia em momento posterior à vigência da norma declarada inconstitucional. É dizer, o direito positivo, agora, consagra a tese, já defendida por alguns no passado, em sede doutrinária segundo a qual a decisão de inconstitucionalidade tem natureza constitutivo-negativa, e não apenas declaratória, como se entendia tradicionalmente, a partir de uma interpretação clássica do princípio da supremacia, combinada com uma leitura mais estrita dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria”.

⁹⁷ Confira-se o trecho pertinente da ementa: “Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii)

Federal reviu entendimento anterior em relação à inaplicabilidade da técnica da modulação temporal de efeitos na declaração de não-recepção do direito anterior⁹⁸, para reconhecer, no julgamento unânime do RE 600.885, Rel. Min. Cármen Lúcia, a ausência de incompatibilidade entre a não-recepção e o instituto da modulação temporal⁹⁹.

Se a técnica da interpretação conforme à Constituição é apontada por alguns autores como a *porta de entrada*¹⁰⁰ de decisões de cunho fortemente criativo, relativizando o dogma do legislador negativo; a positivação da técnica da modulação temporal foi o marco para a relativização do dogma da nulidade da lei inconstitucional. O caráter antifundacionista¹⁰¹ da

caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais”. STF, Plenário, RE 631.240/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.09.2014, p. 10.11.2014.

⁹⁸ STF, Segunda Turma, AI 582.280, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2006, p. 06.11.2006: “Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional”.

⁹⁹ Eis o trecho pertinente da ementa: “Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei n. 6.880/1980. 5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não-recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011”. STF, Plenário, j. 09.02.2011, p. 01.07.2011.

¹⁰⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 95.

¹⁰¹ Ainda que não seja objeto do presente estudo, defendo que a matriz pragmatista de Thamy Pogrebinschi (*Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005), representada por *antifundacionalismo*, *contextualismo* e *consequencialismo*, amolda-se com perfeição – e *em abstrato* – à norma do art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Em síntese, a modulação temporal de efeitos é antifundacionista por positivar a possibilidade de afastamento do dogma da nulidade da lei inconstitucional. É contextualista porque, para ser aplicada, exige o estudo do contexto fático, político, social, econômico e, sobretudo, jurídico (representado pelas decisões anteriores da Corte). E é consequencialista por demandar a análise antecipada dos efeitos que a decisão pode vir a gerar, na busca do ponto ótimo entre o fato e a norma. Assim, se cabe discussão acerca da possibilidade de utilização de argumentos pragmatistas no momento da decisão de mérito, certo é

modulação temporal de efeitos da declaração de inconstitucionalidade enfim permite ao STF questionar institutos e propor soluções criativas em matéria de processo constitucional. O contexto de abertura do Supremo Tribunal Federal a novas categorias decisórias começa pela superação e incompatibilização do dogma do legislador negativo de Kelsen com o sistema constitucional brasileiro; passa pela relativização do dogma da lei inconstitucional como lei nula; e é completado pela leitura contemporânea do significado do princípio constitucional da separação de poderes. A compreensão desse princípio de forma congelada no tempo gera resultados sem conexão com a própria Constituição.

1.2.3 Afinal, o princípio da separação de Poderes impede o STF de criar normas?

A resposta que se propõe é negativa. Mas a pergunta desafia o entendimento majoritário, calcado na concepção kelseniana de legislador negativo, de que a atividade legislativa caberia ao Parlamento e que ao Judiciário seria apenas conferido o poder de retirada das normas do ordenamento jurídico. A noção de separação de poderes que se reproduz há anos, e que encobre a existência de concepções doutrinárias diversas entre si¹⁰², prescreve que ao Judiciário caberia apenas aplicar (ou suspender, nos casos de inconstitucionalidade) as leis aprovadas pelo Legislativo. A explicação costuma evoluir da divisão estritamente funcional para a fórmula consagrada pelo direito estadunidense de

que tais argumentos possuem caráter *primordial* quando, após declarada a inconstitucionalidade da norma, a Corte passa a analisar a presença dos requisitos autorizadores da modulação de efeitos de uma lei declarada inconstitucional. O ganho democrático em admitir essa posição consiste na necessidade de abertura de contraditório específico para que os interessados possam apresentar todas as possíveis consequências da decisão de inconstitucionalidade, observado o contexto em que proferida. Ainda que não caiba nova sustentação oral, tal providência diminui a assimetria informacional, aumenta a legitimidade democrática da modulação, neutraliza as críticas de ausência de capacidade institucional do Judiciário para proceder à análise de efeitos e promove o dever de transparência dos critérios e fundamentos utilizados.

¹⁰² PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 12: “Podem enumerar-se, para já, pelo menos as seguintes acepções: 1^a. Distinção entre os conceitos de legislativo, executivo e judicial, para designar quer funções estaduais distintas quer os órgãos que respectivamente as exercem; 2^a. Independência ou imunidade de um órgão estadual, quanto ao(s) seu(s) titular(es) ou quanto aos seus actos, perante a acção ou interferência de outro; 3^a. Limitação ou controlo do poder de um órgão estadual mediante o poder conferido a outro órgão de anular ou impedir a perfeição dos actos do primeiro, ou mediante a responsabilização de um perante o outro; 4^a. Participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, da mesma função estadual, em ordem à prática de um acto imputável a todos; 5^a. Incompatibilidade de exercício simultâneo de cargos em diferentes órgãos estaduais”.

controle recíproco entre os poderes, ou *checks and balances*¹⁰³. Isso sem esquecer da menção automática a Montesquieu, correlação que inspirou Bruce Ackerman a propor um movimento decisivo para além de *O Espírito das Leis* (1748): “Nenhum outro campo de pesquisa acadêmica é tão intensamente dominado por um único pensador, quiçá um pensador do século XVIII”¹⁰⁴. Talvez esteja aí a razão de tantas inconsistências teóricas. O enfoque histórico baseado na obra de Montesquieu, e não diretamente na tradição e constituição inglesas, é apontado por Nuno Piçarra como um dos fatores responsáveis “por muita da controvérsia, dos mal-entendidos e das perplexidades que se geraram, não só em torno da doutrina, como em torno do próprio princípio constitucional homônimo”¹⁰⁵.

Sem fugir à indagação proposta, a separação de poderes comporta duas dimensões principais: uma mais ampla, que a concebe a partir de uma perspectiva (i) *orgânico-funcional*; e uma mais concreta, que analisa o princípio com base em uma visão (ii) *dogmático-constitucional*, emoldurada pela engenharia institucional prevista na constituição em vigor em determinado Estado, em determinada época. As duas perspectivas nem sempre se compatibilizam, e na maioria das vezes são antagônicas. A dimensão orgânico-funcional corresponde ao que usualmente se costuma descrever como separação de poderes: pressupõe a diferenciação material das funções do Estado, sendo cada uma delas atribuída a um órgão estatal específico e independente dos demais, seja por exigências de caráter jurídico ou por razões garantísticas, para que ao final nenhum dos órgãos exerça, sozinho, todo o poder conferido ao Estado. Mas essa concepção não se basta.

Para complementar ou contrastar com o prisma orgânico-funcional, entra em jogo a concepção *dogmático-constitucional* da separação de poderes, ou *separação de poderes como princípio*. Assim entendida, a separação de poderes deve se alinhar ao projeto previsto na Constituição, já que *não é prévia ao texto constitucional e nasce a partir dele*¹⁰⁶. A determinação do conteúdo, do sentido e do alcance do princípio da separação de poderes é atribuída pela constituição, e não o contrário. Essa concepção foi defendida expressamente

¹⁰³ O que não significa que a releitura estadunidense seja “esvaziada de conteúdo social”, como lembrado por Conrado Hubner Mendes e Cícero de Araújo. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento, São Paulo, 2008, p. 175.

¹⁰⁴ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 14, jan./abr. 2014 .

¹⁰⁵ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 19.

¹⁰⁶ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 16.

pelo Ministro Eros Grau em voto proferido no julgamento conjunto dos mandados de injunção que questionavam a ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos:

não há que falar em agressão à ‘separação dos poderes’, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada ‘separação dos poderes’ provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de ‘separação dos poderes’, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original¹⁰⁷.

A canonização de uma dimensão funcional da separação de poderes esbarraria “*em contraste cada vez mais nítido com a realidade constitucional, bem como a sua identificação, nalguns casos, com um programa político-constitucional pré-democrático*”¹⁰⁸. Pré-democrático porque a *matriz congelada da separação de poderes*¹⁰⁹ foi concebida para equilibrar as forças de uma sociedade hierarquizada e estamental, dividida entre realeza, aristocracia e povo, que em nada se parece com os ideais de igualdade e democracia preconizados pela Constituição de 1988.

Com efeito, se o princípio da separação de poderes não resultar em exercício do poder político em conformidade com os interesses sociais, poderá estar a serviço da velha ordem política ou de grupos de interesse organizados, mas não da Constituição. Um poder exercido sem preocupação com sua dimensão social pode até obedecer (formalmente) a divisão proposta pelo pensador do século XVIII, mas não é capaz de se auto-legitimar a partir da mera invocação do “princípio da separação de poderes”. Quando o Estado-governo se sobrepõe ao Estado-sociedade¹¹⁰, a separação de poderes é reduzida à retórica. Representa, em realidade,

¹⁰⁷ Voto do Ministro Eros Grau no julgamento conjunto do MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, do MI 670/ES, Rel. Min. Rosa Weber e do MI 712/PA, Rel. Min. Luiz Fux. STF, Plenário, j. 25.10.2007, p. 31.10.2008.

¹⁰⁸ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 14.

¹⁰⁹ Ver MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento, São Paulo, 2008, p. 170.

¹¹⁰ De acordo com Nuno Piçarra, a sociedade civil não se deixa, “(nem se deve deixar) reduzir ao sistema de partidos ou grupos nem, ainda, nenhum dos órgãos estaduais que exercem a função política se deixa (nem se deve deixar) reduzir a maiores ou menores ‘câmaras corporativas’ de partidos ou grupos, representando apenas os interesses particulares destes, insusceptível de actuar como órgão de soberania democraticamente legitimado pela sua eleição (directa ou indirecta) por

uma afronta à legitimidade democrática do poder político¹¹¹. Nessas hipóteses, cabe ao Judiciário intervir, sem que isso implique em subversão das funções do Estado. A atuação das cortes constitucionais como “legisladores positivos” corresponde à compreensão da separação de poderes a partir de uma constituição concreta, em vigor, e não a um texto pretérito. A dimensão doutrinária da separação de poderes é essencial ao Estado de Direito e deve subsistir como limitação e moderação do poder, mas é insuficiente para descrever a realidade normativa, principalmente a estabelecida pela Constituição de 1988. No contexto brasileiro, a questão da legitimidade do exercício do poder político e sua correlação com o princípio da separação de poderes é ainda mais significativa, ante à forma como, na prática, o Legislativo e o Executivo se relacionam.

Refiro-me ao *presidencialismo de coalizão*, capaz de corromper a interação institucional com a cooptação do Legislativo por um Executivo forte, ou com a dragagem de um Executivo fraco para as entranhas de um Legislativo autointeressado¹¹². O presidencialismo de coalizão brasileiro forjou-se dentro e *apesar* do princípio constitucional da separação de poderes, cuja engenharia institucional não foi capaz de representar freio ao exercício concertado e concentrado do poder, muitas vezes contra a sociedade. É para combater vícios como esse que a separação de poderes deixa de pressupor apenas uma divisão material das funções supostamente exclusivas de cada um dos ramos do Estado, aspirando a uma validade científica universal e atemporal, para ser entendida dentro das exigências do texto da Constituição, cujo controle da divisão de competências visa à realização das finalidades nela previstas¹¹³.

todos os cidadãos, em consonância com a vontade da maioria destes”. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 25.

¹¹¹ “Se, porém, a observação dos factos provar que, afinal, se voltou na actualidade à “velha” separação dos poderes, ou seja, a uma correlação dos grupos e dos partidos (que, de facto, mal se diferenciam das coligações de interesses organizados, e cuja acção é principalmente determinada pela lógica interna dos seus mecanismos) com os órgãos estaduais supremos de acordo com ela, impor-se-á a conclusão algo aporética de que *tal “separação de poderes” se processa à margem ou mesmo em violação da constituição que impõe ao Estado de Direito contemporâneo o princípio da legitimidade democrática do seu poder político*”. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 26.

¹¹² Ver ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

¹¹³ M. J. C. Vile chega a afirmar que qualquer visão da separação de poderes que não abranja a justiça social e os instrumentos necessários para satisfazê-la, é “*uma concepção morta de separação de poderes*”: “The picture has changed because this value (justiça social) is seen as superior to the others, because the main purpose of this new structure is to co-ordinate the older structures, and

A releitura do princípio da separação de poderes pelo constitucionalismo contemporâneo adiciona outras preocupações constitucionais ao ideal de contenção do arbítrio, como a legitimação democrática do governo, a eficiência da ação estatal e a exigência de arranjos institucionais que tutelem os direitos fundamentais e a democracia¹¹⁴. O Estado passou de inimigo a ser combatido a agente promotor de interesses sociais relevantes e a mudança de seu papel implicou a necessidade de redefinição da concepção que se tem de separação de poderes. Deve-se buscar a melhor engenharia institucional, a indicação do órgão ou do poder estatal mais constitucionalmente adequado para promover os valores ínsitos à nova separação de poderes, desde que não haja abusos. Além disso, considerando que a tomada de decisões no Estado de Direito é de natureza dinâmica, as instituições passam a negociar “*passo a passo seus raios de atuação. Mesclam atos de ativismo e contenção, ocupação e desocupação de espaço, variando de acordo com a ‘voltagem política do conflito’*”¹¹⁵. Não se pode descuidar do controle recíproco entre os Poderes.

Um Executivo e um Legislativo fracos (ou comprometidos pelo fato de seus membros responderem a processos judiciais) podem vir a sucumbir a um Judiciário forte, que aprova propostas de ampliação de privilégios institucionais e desequilibra a balança. O risco é inerente à relação dos poderes, mas pode ser minimizado e controlado a partir da prescrição de parâmetros, notadamente os relacionados à democracia e à capacidade institucional. Se a atuação normativa do Judiciário é permitida pela Constituição, é também por ela limitada. Mas não há sentido em invocar aprioristicamente o princípio da separação de poderes como escudo contra a criação judicial. Principalmente em um contexto em que o Supremo Tribunal Federal, além do controle normativo, passou a exercer também o controle de efetividade da própria Constituição de 1988. As exigências do texto constitucional passaram demandar

therefore to some extent to subordinate them. The political party process has come to encompass the electoral, legislative, and executive processes, and indeed the judicial process as well. The rise of this new value and the structures which ensure its realization must mean that any facile view of ‘the separation of powers’ is dead”. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Oxford University Press, 1967, p. 385.

¹¹⁴ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, number 3, volume 113, 2000, p. 7-8: “I return repeatedly to three legitimating ideals in answering the question, ‘Separating power on behalf of what?’ The first ideal is democracy. In one way or another, separation may serve (or hinder) the project of popular self-government. The second ideal is professional competence. Democratic laws remain purely symbolic unless courts and bureaucracies can implement them in a relatively impartial way. The third ideal is the protection and enhancement of fundamental rights. Without these, democratic rule and professional administration can readily become engines of tyranny”.

¹¹⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento, São Paulo, 2008, p. 185 e 186.

novos tipos de resposta da Corte, gerando novas interações entre os Poderes. É o que se verá a seguir.

1.2.4 Do controle de constitucionalidade de normas ao controle de *efetividade* da Constituição: os novos tipos de resposta exigidos do STF

Trinta anos, uma Constituição, três Supremos. A frase título de artigo de Patrícia Perrone Campos Mello¹¹⁶ resume o comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal nos trinta anos de vigência da Constituição de 1988, período em que a Corte passou por três momentos principais: (i) *uma primeira fase*, que vai desde a promulgação da Constituição de 1988 até aproximadamente o ano 2000, em que o Supremo Tribunal Federal resiste a desempenhar as competências que lhe foram atribuídas pelo texto constitucional (*fase autorrestritiva*); (ii) *uma segunda fase*, que se inicia a partir de então, quando o Supremo assume o exercício de seus papéis institucionais, recebe novas atribuições do legislador e redesenha suas competências constitucionais, indo até o ano de 2014 (*fase expansiva*); e (iii) a *fase atual*, iniciada em meados de 2014, em que o Tribunal tem se mostrado vacilante quanto à sua própria posição institucional (*fase reversa*).

Os anos antecedentes à segunda fase coincidem com a edição de quatro obras que prepararam o terreno para o que se lhe seguiram: em 1990 Luís Roberto Barroso publicava *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*¹¹⁷, escrito entre 1987 e 1988; em 1995 o professor Clèmerson Merlin Clève invadia o país com *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*¹¹⁸; em 1996 era editada no Brasil a primeira edição da obra *Jurisdição constitucional*¹¹⁹, fruto da tese de doutorado defendida pelo professor Gilmar Ferreira Mendes na Universidade de Münster, em 1990; e em 1998 nascia o clássico *A*

¹¹⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autorrestrição, expansão e ambivalência*. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 95-122.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

¹¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

eficácia dos direitos fundamentais, de Ingo Sarlet¹²⁰. Os estudos reivindicavam para o direito constitucional uma nova linguagem, e para as normas constitucionais um sentido normativo¹²¹.

A doutrina do direito constitucional brasileiro majoritariamente descreve e busca prescrever o controle abstrato de constitucionalidade *de leis ou atos normativos*, cingindo-se o objeto da verificação constitucional, primordialmente, às *normas* constitucionais, enfim entendidas como normas jurídicas¹²². Era a agonia daqueles dias. Hoje busca-se consolidar um outro tipo de controle também realizado pelo Supremo Tribunal Federal, o *controle de efetividade da Constituição*, observados os limites impostos pela democracia, pelos direitos fundamentais e pela capacidade institucional da Corte. A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal realizar a fiscalização de efetividade da Constituição foi catalisada pela arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal¹²³ e regulamentada pela Lei n. 9.882/1999.

O efetivo uso da ADPF pode ser apontado como marco da mudança que se observa no tipo de fiscalização realizada pela corte constitucional, pois a resposta a ser dada pelo STF no caso de provimento de uma ADPF não se encontra especificamente prevista na lei, assim como os tipos de resposta normatizados para a ação direta de inconstitucionalidade – ADI e a

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹²¹ Por sua vez, o curso da segunda fase assistiu a uma profusão de trabalhos referentes à temática dos princípios constitucionais e à inauguração de uma *nova* jurisdição constitucional. Se normas constitucionais são normas jurídicas, os princípios consagrados na Constituição Federal são dotados de eficácia e, por não se confundirem com as regras, demandam um procedimento específico de aplicação no caso concreto. São desse período, por exemplo, as obras *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, de Daniel Sarmiento (1999); *A nova jurisdição constitucional brasileira*, de Gustavo Binenbojm (2001); *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, de Ana Paula de Barcellos (2002) e *Teoria dos Princípios*, de Humberto Ávila (2003). Aqueles que se graduaram na vigência da Constituição de 1988 deram um passo além para a concretização de todas as normas constitucionais, sendo certo que o momento atual não teria sido possível sem o salto teórico empreendido por esses autores.

¹²² Na síntese de Luís Roberto Barroso (grifo acrescentado): “todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. *Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles direta e imediatamente exigíveis*, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição”. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 294.

¹²³ Art. 102, § 1º, CF: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. O dispositivo, presente na redação original da Constituição de 1988 como parágrafo único, foi transformado em § 1º com a edição da Emenda Constitucional n. 3/1993.

ação declaratória de constitucionalidade – ADC. O Judiciário deve “sanar a lesão a preceito fundamental”, mas a lei propositadamente não estabelece *como* isso deve ser feito, cabendo ao Supremo Tribunal Federal estabelecer a melhor forma de garantir a observância e o respeito ao preceito fundamental. Com a ADPF, o direito constitucional passa a contar com um meio de controle objetivo e abstrato para carimbar como constitucional ou inconstitucional *não apenas os atos normativos*, mas qualquer ação ou omissão capaz de lesionar *preceito fundamental* – conceito tão amplo que praticamente só exclui do âmbito de verificação do Supremo Tribunal Federal os atos exclusivamente privados. O impacto foi sentido tanto no *objeto* quanto no *parâmetro* de controle que a Corte realiza, que passou das normas constitucionais ao projeto constitucional como um todo: seu regime, valores, diretrizes e normas.

Foram objeto de questionamento via ADPF, entre outros, a realização da Marcha da Maconha (ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello), o sistema prisional brasileiro (ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio), a restrição do funcionamento do WhatsApp (ADPF 403, Rel. Min. Edson Fachin), a greve dos caminhoneiros (ADPF 519, Rel. Min. Alexandre de Moraes), o cadastramento biométrico que gerou o cancelamento de títulos de eleitores (ADPF 541, Rel. Min. Luís Roberto Barroso) e a liberdade de manifestação em universidades públicas ou privadas, ameaçada pelo ingresso e interrupção de aulas, palestras, debates e inquirição de docentes, além de buscas e apreensões (ADPF 548, Rel. Min. Cármen Lúcia). A regulamentação da via expressa idealizada para evitar ou reparar *lesão* a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (art. 1º da Lei n. 9.882/1999), somada à amplitude do texto da Constituição de 1988 e ao comportamento judicial de seus Ministros, aumentou exponencialmente o espectro da fiscalização demandada do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, constituindo a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, nesse sentido, verdadeiro *ponto de não retorno* em relação à concepção tradicional do controle de constitucionalidade restrito a normas. Hoje, além do controle normativo, existe o controle executivo; além da força normativa da Constituição, fiscaliza-se também a força operativa de suas normas no mundo real.

Detalhando apenas um dos exemplos, a realização da Marcha da Maconha era impensável em um passado bem próximo. Mas dentro do projeto estabelecido pela Constituição de 1988, está contida nos pressupostos mínimos ao funcionamento da

democracia: a liberdade de expressão¹²⁴. Não há como convencer a sociedade a mudar de ideia, ou aumentar a qualidade do debate público, sem garantir vez e voz àqueles que questionam o *status quo*. Nesse sentido, as passeatas que buscavam a descriminalização do uso da *cannabis sativa* correspondem a um meio que opera a favor da democracia, do autogoverno coletivo, como decidiu o STF. Ante o desacordo moral existente no meio social, e a repressão da polícia em tratar o tema como apologia ao consumo de entorpecentes, encontrou-se na ADPF uma medida contra silenciamentos. Com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a tutela da efetividade da Constituição ganhou uma arma poderosa, de amplo alcance, capaz de mirar em alvo móvel, porém determinado: a *concretização* dos comandos inseridos no texto constitucional, entre eles a liberdade de expressão.

A ampliação do objeto do controle influencia diretamente no tipo de resposta que a Corte passa a proferir. Na observação de Ana Paula de Barcellos:

a particularidade da ADPF diz respeito aos conteúdos possíveis das decisões a serem tomadas, sobretudo no caso das cautelares. Isso porque, embora a ADPF possa veicular um debate sobre a constitucionalidade ou não de um ato normativo – outras discussões serão possíveis, dependendo do ato concreto do Poder Público que esteja sendo questionado – a providência necessária para sanar a violação ao preceito fundamental poderá não envolver propriamente ou apenas a declaração de inconstitucionalidade de uma norma¹²⁵.

Os exemplos citados comprovam que as respostas formuladas pelo STF aos casos concretos estão bem além da fórmula clássica de rejeição/acolhimento do pedido de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. O objeto do controle que o STF exerce nos dias atuais é também a realização da Constituição de 1988 no mundo dos fatos, a concretização da aproximação máxima entre o dever-ser e o ser. À Corte cabe verificar a

¹²⁴ Sobre o tema, confira-se OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 37-118, de cuja obra destaco (p. 60-61): “De fato, o fundamento democrático da liberdade de expressão deve justificar uma proteção muito mais ampla do que a da mera discussão de assuntos relativos ao governo (discurso político em sentido estrito). Afinal, o autogoverno democrático pressupõe a possibilidade de os cidadãos tomarem decisões que afetem a sua vida em geral e de terem acesso a uma multiplicidade de manifestações, como as artísticas, literárias, religiosas e científicas, que lhes permitam desenvolver as suas capacidades e contribuir para a sua participação na vida pública”.

¹²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 572.

implementação de toda e qualquer *medida* para tornar efetiva norma constitucional, não apenas por ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mas também via ADPF, porque se a incompletude da Constituição é um requisito da democracia, seus espaços vazios podem e devem ser preenchidos a partir das diretrizes nela contidas. A Constituição é a sua própria garantia.

Vive-se hoje a fase do controle de *realidade, de realização constitucional*, que se soma ao controle de *constitucionalidade* de leis e atos normativos. Nesse contexto, pode-se afirmar que a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal é resultado (i) da amplitude do texto da Constituição de 1988, que qualificou diversos temas do cotidiano ordinário como pretensões constitucionalmente exigíveis; (ii) do desenho institucional do STF, que ao mesmo tempo funciona como corte constitucional, tribunal de última instância recursal e instância ordinária em matéria penal; e, por fim, (iii) do comportamento judicial de seus Ministros¹²⁶. A alteração em qualquer desses fatores terá impacto direto na atuação criativa do Supremo Tribunal Federal.

O julgamento da ADPF 347, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, pode ser apontado como maior exemplo do controle da efetividade da Constituição de 1988¹²⁷. Na hipótese, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema prisional brasileiro configura um *estado de coisas inconstitucional*, técnica de decisão inspirada em julgados da Corte Constitucional da Colômbia. Diante do quadro de violação insuportável de direitos fundamentais nas prisões brasileiras, a Corte então reconhece sua legitimidade para determinar, entre outros, (i) atos inerentes ao ciclo de políticas públicas¹²⁸ do setor,

¹²⁶ Interessante notar que a primeira maioria formada *exclusivamente* por Ministros do Supremo Tribunal Federal empossados *após* a Constituição de 1988 se deu em apenas dois anos contados de sua promulgação, em 26.06.1991, composta por: Ministro Paulo Brossard (posse em 05.04.1989), Ministro Sepúlveda Pertence (posse em 17.05.1989), Ministro Celso de Mello (posse em 17.08.1989), Ministro Carlos Velloso (posse em 13.06.1990), Ministro Marco Aurélio (posse em 13.06.1990) e Ministro Ilmar Galvão (posse em 26.06.1991). O reflexo das normas e princípios da Constituição de 1988, entretanto, só foi sentido anos mais tarde, coincidindo no tempo com a aposentadoria do Ministro Moreira Alves, sucedido pelo Ministro Joaquim Barbosa em 25.06.2003. Sobre comportamento judicial, ver MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹²⁷ STF, Plenário, ADPF n. 347-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 19/02/2016.

¹²⁸ Embora criticada por alguns, a ideia de ciclo evolutivo de políticas públicas foi formulada por Harold Lasswell na obra seminal *The policy sciences*, publicada em conjunto com Daniel Lerner, em 1951. Segundo o autor, o processo de produção da política pública apresenta as seguintes etapas: informação, promoção, prescrição, invocação, aplicação, término e avaliação. Embora não conclusiva, foi importante para o aperfeiçoamento dos estudos a respeito das políticas públicas e até os dias atuais exerce influência. Para pesquisa acerca dos modelos de análise surgidos a partir do trabalho de Lasswell, v. Maria das Graças Rua e Roberta Romanini, *A concepção do ciclo de políticas*

notadamente relacionados à formulação, à implementação e ao monitoramento de medidas para que os cárceres brasileiros deixem de ser comparados a verdadeiras masmorras medievais; e a (ii) alocação de recursos orçamentários para a concretização dessas medidas, visando retirar a dignidade da pessoa humana do papel e inseri-la na realidade prisional¹²⁹. Aqui, não houve controle de constitucionalidade de norma infraconstitucional, nem de omissão dos poderes majoritários em regulamentar determinada norma constitucional, mas controle de realidade e de efetividade do projeto da Constituição de 1988. Em última análise, o reconhecimento do sistema prisional como um estado de coisas inconstitucional corresponde à expansão do conceito de omissão sindicável pelo Supremo, o que só foi possível com a ampliação do tipo de resposta capaz de ser proferida pelo Tribunal, não mais limitada àquelas de conteúdo legislativo.

Essa questão se coloca justamente no momento em que o Supremo Tribunal Federal, conforme descrito por Patrícia Campos Mello, vive uma onda reversa, “*que expõe a polarização da Corte, a fragmentação e a divergência entre os seus ministros*”¹³⁰. Se o receio do STF quanto ao descumprimento de suas decisões e a graves ameaças institucionais tem orientado o tribunal a optar, muitas vezes, por uma *second best decision*¹³¹, a Constituição de 1988 não deixa à Corte outra escolha em matéria de direitos fundamentais e democracia: as normas constitucionais são normas jurídicas, os princípios nela consagrados são dotados de eficácia, e os novos instrumentos de controle da Constituição autorizam a sindicabilidade da própria efetividade de seu texto. O próximo capítulo de sua história cabe ao Supremo Tribunal Federal escrever. O que deveria acontecer, porém, é o cumprimento da mais nobre missão das cortes constitucionais, que fundamenta a atuação criativa do Supremo: a garantia de direitos

públicas. Disponível em <http://igepp.com.br/uploads/ebook/para_aprender_politicas_publicas_-_unidade_06.pdf>. Acesso em 30 abr. 2017.

¹²⁹ Em artigo sobre o tema, publicado no portal jurídico JOTA em 2015, o professor Daniel Sarmiento já enunciava a necessidade do controle de efetividade da Constituição: “(N)ão faltam normas jurídicas garantindo o respeito aos direitos humanos dos nossos presos. O que tem faltado ao Estado brasileiro, nos seus diversos poderes e instâncias federativas, é a mínima vontade política para transpor do papel para a realidade a promessa constitucional de garantia da dignidade humana do preso”. Disponível em <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo-06012015>>. Acesso em 30 abr. 2017.

¹³⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autorrestrição, expansão e ambivalência. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 110.

¹³¹ Em síntese, pode ser entendida como aquela que mais aproxima o Tribunal ou seus juízes das suas convicções, mas que evita uma reação que possa colocar sua estabilidade institucional em risco. Ver MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 152-155.

fundamentais, principalmente o de minorias vulneráveis, e a tutela das regras do jogo democrático.

1.3 A normatização possível no âmbito da função jurisdicional: por que o Supremo Tribunal Federal pode criar normas e o que limita sua atuação?

Considerados o contexto do controle de efetividade da Constituição, a premissa de que o Supremo Tribunal Federal exerce algum grau de criação normativa, e que a principal questão está no *como* e no *por que* essa atividade deve ser realizada, é imprescindível diferenciar os limites a que legisladores e juízes estão submetidos quando da realização de atividade normativa. Como se viu, as objeções clássicas representadas pelo legislador negativo de Kelsen e pela ideia congelada de separação funcional de poderes se desestruturaram diante da Constituição de 1988. Mas se é certo que existe atividade legislativa na função do Supremo Tribunal Federal, também é certo que juízes não se equiparam a legisladores e, por isso, estão sujeitos a limites diferenciados quando exercem inovação normativa. O Supremo Tribunal Federal não possui a margem de conformação dos legisladores, além de enfrentar as limitações de tempo, de trabalho, e aquelas impostas pela lógica inerente ao processo civil¹³², estruturado sobre a necessidade de solução de conflitos individuais (ainda que hoje se busque relativizar essa concepção). Nesse sentido, há dois limites fundamentais à normatização pelo Judiciário, que fazem a utilização da expressão “legislador” positivo ser imprópria para descrever a criação judicial: a democracia e a análise das capacidades institucionais do Judiciário. Juízes não são legisladores, nem mesmo nas hipóteses em que criam normas. Não há espaço para um governo de juízes no Estado Democrático de Direito.

¹³² De acordo com Daniel Sarmento, “(s)e os juízes têm uma infinidade de processos por dia, como ocorre no Brasil, evidentemente que não sobrarão o tempo e a energia indispensáveis para que cada um se engaje em procedimentos extremamente complexos para a resolução de cada caso”. Além disso, “há as limitações resultantes da dinâmica dos processos judiciais. Estes, como se sabe, foram pensados e estruturados com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática enfrentada por juízes em processos em que se discutem, por exemplo, políticas públicas, regulação econômica ou direitos sociais, envolve questões de justiça distributiva, de natureza multilateral”. SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidade institucional do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 318 e 319.

1.3.1 Democracia: não somos um governo de juízes

Não existe consenso sobre a democracia. E a existência de desacordos é fundamental para o bom funcionamento do sistema. De toda forma, uma definição mínima do ideal democrático deve partir de duas ideias principais: (i) sua oposição a qualquer forma de governo autocrático e (ii) a existência de um conjunto prévio de regras e princípios sobre *quem* pode legitimamente tomar decisões em nome da coletividade, observados *quais* procedimentos, presentes determinados *pressupostos mínimos*. Em uma democracia, em geral a resposta sobre o *quem?* recai sobre os representantes politicamente eleitos, escolhidos livremente por sufrágio; a principal resposta sobre o *como?* refere-se ao respeito à regra da maioria, dada a impossibilidade fática de obtenção de adesão plena; e os *pressupostos mínimos* para o funcionamento do regime correspondem ao conjunto de garantias para que as escolhas (principalmente dos representantes eleitos e dos eleitores ao votar) sejam realizadas de maneira informada e livre, e para que os desacordos não sejam silenciados. Esses pressupostos costumam ser chamados de *regras do jogo democrático*, que abrangem a livre circulação de ideias (liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade de associação etc), pluripartidarismo, eleições periódicas, sufrágio universal, entre outras. É da conjugação dessas ideias que se fala em *autogoverno democrático*, na medida em que o governo é do povo, exercido por intermédio dos representantes eleitos, que fazem escolhas a partir da regra de deliberação majoritária, sem silenciar os dissensos. Prestigia a igualdade política e pressupõe a autonomia dos cidadãos, que devem ser tratados com igual respeito e consideração.

Por outro lado, em uma sociedade plural, a adoção exclusiva da regra da maioria acaba por silenciar aqueles que estão em menor número, atingindo desproporcionalmente os marginalizados e vulneráveis, em relação aos quais não se poderia propriamente falar em um “autogoverno”: afinal, a maioria imporá sua vontade sobre a minoria. Com efeito, ou se elabora uma válvula de escape para que os não representados possam ser ouvidos, ou os riscos de não adesão ao modelo e às regras dele decorrentes podem desidratar o regime. A resposta não está disponível para consumo geral, mas passa pela garantia da igual participação de todos na formação da vontade geral; vale dizer, ainda que o resultado da aplicação da regra de

deliberação majoritária tenha por consequência a formação de uma minoria perdedora, o processo será tão mais legítimo à medida que garantir deliberação pública e maior direito de influência a todos os jogadores. Conforme síntese elaborada por Aline Osório, “*(d)emocracia é, essencialmente, autogoverno. E, sendo autogoverno, é representação e participação; é governo da maioria, sem excluir a minoria, e com proteção a direitos fundamentais; é disputa eleitoral e é deliberação pública, a partir de razões de cooperação, mas também a partir de confronto entre grupos e interesses, com paixão e competição*”¹³³.

O ideal democrático que qualifica o Estado de Direito representa importante limite ao exercício da atividade criativa por juízes e tribunais. É certo que a Constituição de 1988 autoriza a realização de atividade normativa pelo Poder Judiciário, afinal previu não apenas um, mas *dois* instrumentos específicos para o controle da omissão legislativa; e que a garantia das regras do jogo democrático passa pela garantia de direitos fundamentais, uma missão importante das cortes. Tais direitos não podem ser obstaculizados sob o argumento de que inexistente no catálogo processual uma técnica de decisão capaz de tutelá-los. No entanto, também é certo que juízes não estão constitucionalmente autorizados a se substituírem aos legisladores, carecendo a atividade legislativa das cortes de um componente adicional de legitimidade. Como lembrou Jane Reis, as decisões aditivas e modificativas “*interferem na dinâmica legislativa de forma muito mais intensa e sofisticada do que a mera supressão de leis, dificultando os controles posteriores*”¹³⁴. Se a democracia e seus pressupostos de funcionamento fundamentam a atuação das cortes em casos de interesse direto do Executivo (*e.g.*, no *impeachment*) e do Legislativo (como ao vedar o financiamento privado de companhias), representam objeção muito maior nas hipóteses em que houve ampla participação popular (como no caso Ficha Limpa). A democracia não exclui a possibilidade de criação de normas pelo Poder Judiciário, mas impõe limites para a atividade, além de maior ônus argumentativo e transparência, de forma a permitir o controle posterior pelas instâncias majoritárias e pela sociedade.

¹³³ OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 81.

¹³⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário pode ser entendido como representante do povo? Um diálogo com “A razão sem voto” de Luís Roberto Barroso. In: VIEIRA, Oscar Vilhena e GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. São Paulo: FGV Direito SP Editora, 2017, p. 375.

O limite não é exatamente representado pela *dificuldade contramajoritária*¹³⁵ do Poder Judiciário – decorrente do fato de juízes não eleitos poderem invalidar normas adotadas pelo legislador, politicamente responsável e escolhido mediante voto¹³⁶ –, pois a hipótese em discussão não trata de declaração de inconstitucionalidade de normas. *A norma sequer existe*. Por isso, a complexidade maior está em justificar a criação normativa por *heteronomia*, em exceção à autodeterminação coletiva, já que os destinatários da norma não são os responsáveis por estatuí-la. Não é suficiente afirmar que a juízes e tribunais não é legítimo fazer *escolhas políticas*, como no mais é permitido ao legislador e aos cidadãos autônomos. Na prática, a fronteira entre atuação criativa autorizada constitucionalmente e a realização de escolhas é embaçada e móvel. Os parâmetros propostos ao final desse trabalho são apenas uma tentativa na busca de maior previsibilidade da atuação, mas a realidade costuma surpreender.

A atuação criativa do Supremo Tribunal Federal comporta, ainda, uma dificuldade institucional. Se o Judiciário atua criativamente em questões de saliência política, atrai para si a responsabilidade que pertence ao legislador, contribuindo para a crise de representatividade do Parlamento e para um julgamento político enviesado dos cidadãos nas eleições. A renovação política e o número de bom congressistas será tão maior quanto a exposição dos maus políticos à opinião pública. Há uma certa funcionalidade política em deslocar a discussão de questões de grande desacordo moral, social e político para o STF: além de não perderem os votos do seu próprio eleitorado, ainda podem ir a público questionar o “ativismo” do Supremo Tribunal Federal.

Devolver a responsabilidade normativa ao Legislativo, observando os limites impostos pela democracia, expõe a inércia do legislador, entrega o desgaste pela deliberação de temas controvertidos e põe freios à liquidação de ativos da corte, mantendo o insulamento político do Judiciário. Essa transferência de responsabilidade política ocorre tanto com a criação de

¹³⁵ A expressão consta de obra seminal de Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University, 1986.

¹³⁶ O trabalho não comporta a descrição das diversas respostas apresentadas pela teoria constitucional para a dificuldade contramajoritária, como o procedimentalismo, o substancialismo, o constitucionalismo popular e a teoria dos diálogos institucionais. Sobre o tema, confira-se, SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. Deve-se registrar, ainda, a proposta do Professor Conrado Hübner Mendes de transferência da discussão do campo abstrato para o plano institucional, com a defesa de que a revisão judicial corresponde a uma instância de veto, a um contrapoder, e que sua associação à proteção de direitos seria uma descrição fantasiosa. Ver MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 129 e ss.

normas, como no âmbito da fiscalização daquelas já existentes, fenômeno descrito por Rodrigo Brandão como *descumprimento antecipado*¹³⁷: “*como os legisladores sabem que as suas leis estarão sujeitas à revisão judicial, tal circunstância os desonera de um julgamento consistente a respeito da fidelidade à Constituição, antes estimulando uma irresponsável postura de tomada de posição, na qual o legislador opta pela alternativa mais popular – embora sabidamente inconstitucional –, deixando o ônus de aferir a sua constitucionalidade ao Judiciário*”¹³⁸, como se ele mesmo não fizesse parte da interpretação constitucional¹³⁹. Um fato a ser considerado na estrutura de incentivos institucionais.

Diante de um Legislativo em bom funcionamento, é na arena democrática que a discussão de direitos deve ocorrer. Essa é a regra. Entretanto, a intervenção do Judiciário pode ser justificada a partir de uma relação inversamente proporcional com a *estabilidade democrática*, ou seja, quanto mais democracia, menos Judiciário. A medida dessa atuação pode ser calculada a partir dos parâmetros propostos por Jeremy Waldron para diferenciar uma situação típica (*core situation*), daquela não típica ou patológica (*non-core situation*)¹⁴⁰. Para ele, uma situação democrática típica inclui (i) instituições democráticas em bom funcionamento, com um Parlamento representativo eleito com base no sufrágio universal; (ii) instituições judiciais também em bom funcionamento, capazes de solucionar conflitos e de manter o Estado de Direito; (iii) compromisso genuíno da maioria da sociedade e das autoridades públicas com a proteção de direitos, inclusive com os direitos de minorias, e (iv) desacordo persistente e de boa-fé sobre direitos.

Aproveitando os parâmetros delineados, a intervenção do Judiciário será mais legítima se ao menos uma dessas características não se fizer presente. A situação não precisa ser

¹³⁷ O fenômeno foi identificado por John Hart Ely em *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 131-132.

¹³⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017, p. 240-241.

¹³⁹ “A questão que não foi debatida com a transformação dos tribunais constitucionais em atores hegemônicos foi a da relação, cada vez mais distante, entre constituição e política democrática. Quanto mais a Constituição se torna objeto de interpretação do tribunal, mais a política democrática e partidária abandona o terreno da constituição. A Constituição se liberta do poder constituinte, mas a política também se desvincula das finalidades constitucionalmente estabelecidas”. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 326.

¹⁴⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, volume 115, número 6, 2006, p. 1.360. Os parâmetros foram utilizados como inspiração, sem fidelidade à tese de Waldron, para quem as hipóteses patológicas até poderiam atrair a aceitabilidade de revisão judicial, mas ainda assim manteria seu caráter antidemocrático.

antidemocrática, mas a disfuncionalidade de pontos importantes do regime atraem a necessidade de maior atuação judicial, encontrando maior aderência constitucional. No contexto brasileiro, deve-se considerar, por exemplo, os efeitos da redemocratização recente, as cicatrizes geradas por dois processos de *impeachment*, a hegemonia do Executivo sobre o Legislativo, os vícios do presidencialismo de coalizão, entre outros. Todos esses fatores demonstram falta de amadurecimento institucional, embora sozinhos não sejam capazes de justificar a atividade criativa da corte, que dependerá ainda da análise comparativa de capacidades institucionais e das especificidades do caso concreto. Tampouco se pode perder de vista a corrupção sistêmica de parte dos poderes majoritários e de empresas, o racismo estrutural, os números alarmantes de homicídios e o descompromisso das autoridades públicas com a proteção de minorias. De todo modo, é sempre um risco tratar questões sociais sob a forma de processo judicial, com sua linguagem intrincada e ritos, limitando o debate e passando a falsa impressão de que a solução para problemas complexos necessariamente passa pelos juízes do Judiciário e por juízes na política.

A solução é difícil e contingente, não há uma fórmula mágica capaz de ser aplicada a todos os casos, em todas as democracias. O ponto principal é que a busca do melhor resultado para a equação envolve a consideração de todas as variáveis – ou de todas aquelas possíveis de serem identificadas. Ainda que assim prescreva a teoria, temas caros ao projeto democrático não tem sido tratados com a importância devida pelo Supremo Tribunal Federal, que deixou de incluir, retirou ou adiou estrategicamente de pauta discussões como: exigências constitucionais do direito de reunião, concessão de indulto pelo ex-Presidente Michel Temer, constitucionalidade do *Escola sem partido* e a omissão legislativa referente à criminalização da homofobia. A Corte parece rumar para um papel que não possui: o de Poder Moderador, para ela reivindicado, por exemplo, pelo Ministro Dias Toffoli¹⁴¹.

Nessa linha, o Brasil pode estar correndo o risco oposto ao do protagonismo judicial: o de nenhuma instituição se apropriar do discurso de direitos e da defesa intransigente da democracia, justamente em um contexto de subversão dos ideais democráticos pelos próprios representantes eleitos, tal como ocorreu na Hungria, no Peru, na Polônia, na Turquia e na

¹⁴¹ “Toffoli diz que STF tem que agir como poder moderador, sem buscar protagonismo”. O GLOBO, 15 de junho de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/toffoli-diz-que-stf-tem-que-agir-como-poder-moderador-sem-buscar-protagonismo-22783577>. Na ocasião, o Ministro Dias Toffoli afirmou: “— Se o Judiciário quiser ser protagonista da sociedade brasileira, se quiser ser aquele que se acha numa missão iluminista de entender que a história começou com ele, e quem diz isso está vendendo ilusões, se nós quisermos ser protagonistas, vamos ser substituídos. E por quem?”.

Venezuela¹⁴². Não se pode confiar no Judiciário, no Legislativo, ou em nenhuma instituição *isoladamente*, nem estimular quedas de braço institucionais. A propósito, episódios recentes de embates entre Judiciário e Legislativo comprovaram que não é o Supremo Tribunal Federal que sai ganhando. Mas a renúncia ao exercício das funções constitucionais por uma das instituições (ou por um dos Poderes do Estado) tem impacto direto no todo, e na própria democracia.

1.3.2 Teoria das capacidades institucionais: o Judiciário não pode tudo

O juiz da vida real nem de longe se aproxima do *juiz Hércules*, idealizado por Dworkin. Não tem onisciência nem sabedoria infinita, não dispõe de todo o tempo do mundo para julgar, não consegue produzir nos autos todas as informações necessárias à apreciação dos casos difíceis e talvez nunca tenha ouvido falar em Hércules. No caso brasileiro, juízas e juízes precisam bater metas para serem promovidos. Cumulam varas. São responsáveis pela administração do gabinete e pela gestão de pessoas. Não é demasiado considerar que todo esse quadro fático se reflete sobre as decisões judiciais. A necessidade de análise do contexto em que inseridos os atores responsáveis pela interpretação judicial e as instituições de que fazem parte corresponde, assim, ao ponto de partida da *teoria das capacidades institucionais*. Adotando-se a premissa de que não existem juízes ou legisladores perfeitos, e que todas as teorias da interpretação teriam falhado em contemplar a realidade prática dos atores

¹⁴² Em *How democracies die*, os professores Steven Levitsky e Daniel Ziblatt desenvolveram, com base nas lições do cientista político Juan Linz, quatro sinais de alerta comportamental para reconhecer um líder autoritário. O alarme deve soar quando o político: (i) rejeita, em palavras ou em atos, as regras democráticas do jogo, (ii) nega a legitimidade dos oponentes, (iii) tolera ou encoraja a violência, ou (iv) indica disposição para reduzir as liberdades civis, incluindo as da mídia. A obra traz outras considerações interessantes, como a de que os movimentos do governo para subverter a democracia (i) frequentemente desfrutam de um verniz de legalidade, como por exemplo o combate à corrupção ou o aumento da segurança nacional; (ii) envolvem a captura dos árbitros (sistema judicial, órgãos de aplicação da lei e agências de inteligência, fiscais e reguladoras), a compra ou o enfraquecimento dos adversários e o estabelecimento de novas regras do jogo, que passam a trazer uma vantagem decisiva – e permanente – sobre seus oponentes, além da ironia de que (iii) a própria defesa da democracia é frequentemente usada como pretexto para sua subversão. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Crown Publishing, 2018.

envolvidos no jogo democrático-estatal¹⁴³, foi preciso mudar a teoria. E a pergunta a ser respondida.

Para os adeptos da teoria das capacidades institucionais, tal como formulada, não há resposta certa para a pergunta errada. A questão principal não se refere a *como os juízes devem decidir*, mas sim a *quem deve decidir*¹⁴⁴, o que demanda uma análise prévia, concreta e comparativa dos vícios e virtudes de cada uma das instituições que poderiam vir a resolver o problema (Poder Judiciário, Poder Legislativo, Agências Reguladoras¹⁴⁵ etc.) e sobre os efeitos sistêmicos gerados pela decisão¹⁴⁶, incluindo possíveis falhas e erros¹⁴⁷ e o impacto sobre os demais Poderes e órgãos estatais. O produto dessa análise poderia, assim, indicar o

¹⁴³ TOSTA, André Ribeiro. Inovação institucional e Direito Público. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, 2018.

¹⁴⁴ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Law School*, nº156, 2002, pp. 2 e 3: “By contrast, we urge that it is far more promising to focus on two neglected issues. The first has to do with institutional capacities. As we shall urge, debates over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. The central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’ E continuam: “Dworkin, Eskridge, Manning, and Richard Posner are incomplete and unsuccessful, simply because they tend to proceed as if the only question is how ‘we’ should interpret a text. Where they attend to institutional roles at all, these theorists work with an idealized, even heroic picture of judicial capacities and, as a corollary, a jaundiced view of the capacities of other lawmakers and interpreters, such as agencies and legislatures. And if the spotlight is placed on institutional capacities and dynamic effects, we will find it much easier to understand what underlies many interpretive disagreements in law, and also to see how such disagreements might be resolved”.

¹⁴⁵ No que toca especificamente às agências reguladoras, André Tosta propõe as seguintes considerações: “A agência possui adesão dos regulados? Seus membros são concretamente técnicos ou políticos? A cultura institucional do órgão é ilibada? É possível que tenha havido captura na edição da norma? Se sim, em que sentido? Houve corrupção nos procedimentos decisórios? Qual o custo da adoção de tal regulação? Ela cria externalidades (econômicas ou sociais) relevantes?” TOSTA, André Ribeiro. Inovação institucional e Direito Público. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, 2018.

¹⁴⁶ “O Poder Judiciário, acostumado a lidar com casos concretos, com argumentos marcadamente dogmático-jurídicos, nem sempre dispõe de meios para rediscutir políticas econômicas, por vezes baseadas em estudos e análises sistêmicas, levados a cabo pelos agentes eleitos, ou, ainda, por órgãos técnicos criados para a regulação de determinados setores da economia. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 997-1007.

¹⁴⁷ Conforme explicam Diego Werneck e Fernando Leal, “(e)nquanto autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy veriam o erro como simples desvio que não afeta a teoria normativa enquanto ideal regulatório do que juízes deveriam fazer, Sunstein & Vermeule defendem que nós deveríamos nos perguntar em que ponto, no agregado, os custos dos erros na aplicação de uma melhor teoria *em tese* se tornam tão altos a ponto de recomendar a adoção da ‘segunda melhor’ teoria disponível – a teoria que, ainda que não leve às melhores respostas para certos casos concretos, produzirá melhores resultados no agregado”. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Dois problemas de operacionalização do argumento das capacidades institucionais*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24293>>. Acesso em 03 jan. 2019.

afastamento da solução idealizada pelas teorias da interpretação, e a adoção de uma *second best option*¹⁴⁸, identificada como aquela que produz os melhores resultados na prática – e não como a que mais se aproxima do modelo supostamente ideal. Cass Sunstein e Adrian Vermeule partem dos conceitos econômicos de *first e second best option* para sustentar a tese de que, caso não seja possível pôr em prática a teoria interpretativa tida como ideal (*first best option*), partir para uma alternativa inteiramente distinta (*second best option*) pode produzir melhores resultados do que fazer ajustes muitas vezes irreconciliáveis na teoria ideal. Dessa forma, a análise das capacidades das instituições traz em si um método comparativista, empiricista, e consequencialista, que parte do desenho constitucional das instituições, mas com ele não se confunde.

Se o desenho institucional é previsto de forma genérica e abstrata na Constituição, a capacidade institucional é concreta, aferível no mundo dos fatos, cuja medição também depende da análise dos efeitos produzidos pela decisão, sem descuidar da difícil dinâmica do equilíbrio estatal de forças. Por hipótese, não se pode aprioristicamente afirmar que “*o Poder Judiciário não tem capacidade institucional para decidir sobre direito à saúde*”, porque o exame do caso concreto ou de um conjunto de casos pode apontar em sentido contrário. Mas o Judiciário não pode ignorar que sua intervenção no tema, caso não dosada, pode gerar danos gravosos à coletividade e à própria saúde. Por outro lado, foram as decisões judiciais que, na década de 80, garantiram o fornecimento de fármacos para doentes portadores do vírus HIV e incentivaram o Executivo a formular uma política pública contra a AIDS, pioneira na profilaxia do vírus e reconhecida mundialmente. A resposta não é fácil, mas não envolve apenas valores substantivos. O argumento das capacidades institucionais oferece instrumental importante para o dia-a-dia de juízes e tribunais.

¹⁴⁸ “A second-best approach, one that asks about interpretive mistakes and dynamic effects, necessarily presupposes some first-best account. This is an important observation, and in a sense it is unexceptionable. But it fails to engage our central point, which is not that a first-best account is worthless or irrelevant, but that it is incomplete without a second-best account that takes account of institutional issues. Institutional analysis is necessary to the choice of interpretive rules, even if it is insufficient”. (...) “Our minimal response to these questions is that without institutional analysis, first-best accounts cannot yield any sensible conclusions about interpretive rules. It is impossible to derive interpretive rules directly from first-best principles, without answering second-best questions about institutional performance. Consider an analogy. In economics, the idea of second best demonstrates that if perfect efficiency cannot be obtained, efficiency is not necessarily maximized by approximating the first-best efficiency conditions as closely as possible; the second-best outcome might, in principle, be obtained by departing from the first-best conditions in other respects as well. So too, if an imperfect judge knows he will fall short of the standard of perfection defined by the reigning first-best account of interpretation, it is by no means clear that he should attempt to approximate or approach that standard as closely as possible”. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions. Chicago Law School*, n° 156, 2002, p. 4 e 23.

Para que possa ser utilizada, a teoria das capacidades institucionais demanda uma concepção particular de separação de poderes, a de que o poder estatal deve ser atribuído ao órgão capaz de exercê-lo da melhor forma – tal como a visão de separação de poderes já defendida no presente trabalho. Só é possível comparar vantagens e desvantagens de diferentes instituições para resolver determinado caso concreto ou conjunto de casos se se entender que ambas são, em tese, igualmente capazes para oferecer respostas para o problema, uma espécie de conflito positivo de competência, para usar uma expressão mais próxima ao direito. Dessa forma, a noção de especialização, que fundamenta a existência de três diferentes Poderes e justifica a divisão *inicial* de funções entre eles, deve ser entendida como um *ponto de partida, não de chegada*. Em outras palavras, “mesmo se assumirmos que o desenho original se pautou por um ideal de especialização funcional, esse desenho original será contestado e transformado ao longo do tempo. Isso não impede, no entanto, que o referido ideal possa desempenhar um papel importante não apenas para a construção da teoria, como também para a orientação efetiva de qualquer procedimento de comparação das capacidades de diferentes instituições”¹⁴⁹.

A teoria não é isenta de questionamentos. A primeira delas é performática: a qual instituição caberia decidir sobre quem deveria realizar a análise de capacidade institucional, ou seja, quem deve decidir qual é a instituição mais adequada para decidir? De acordo com essa crítica, se a atribuição fosse do Judiciário, ao fim e ao cabo estaria ele próprio

¹⁴⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das ‘capacidades institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, jan-jun. 2011, p. 17. E continuam os autores: “O argumento das capacidades institucionais pressupõe uma determinada concepção de separação de poderes e de desenho institucional, segundo a qual diferentes funções devem ser alocadas, tanto quanto possível, para o nível de governo ou da sociedade que possa exercê-los melhor. Sob tal perspectiva, a palavra chave na distribuição de poderes é especialização. A Constituição, nessa perspectiva, pode ser comparada à planta elaborada por um ‘arquiteto institucional’, que distribui competências e poderes entre instituições criadas especificamente para promover certos objetivos, ao mesmo tempo em que, para que tais resultados possam ser alcançados, municia cada instituição com condições específicas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos. Na fixação das capacidades de cada instituição está, então, a força da presunção de que suas decisões são adequadas para os problemas que ela é chamada a solucionar. Endossando implicitamente esse tipo de perspectiva, por exemplo, o Ministro Sepúlveda Pertence observou que ‘[q]uando a Constituição cria uma instituição e lhe atribui determinado poder ou função política, a presunção é que o faça em caráter privativo, de modo a excluir a ingerência na matéria de outros órgãos do Estado’. Essa noção de especialização é, por certo, uma idealização. Mesmo supondo que, na elaboração do texto constitucional original, tenha-se de fato tentado distribuir poderes entre diferentes instituições com base em um critério de especialização – o que em si já é exigir bastante da realidade –, a realidade de um sistema constitucional minimamente complexo é dinâmica. Há um movimento inicial para alocar poder entre instituições, mas: (a) essa alocação pode ser ambígua, permitindo que diversas questões sejam reconduzidas às esferas de atuação legítima de mais de uma instituição; e (b) as instituições podem usar sua dotação inicial de poder para oferecer leituras transformadoras da alocação inicial supostamente expressa no texto constitucional”.

estabelecendo os limites do seu poder. Essa crítica pode ser respondida da seguinte forma: como o Judiciário só responde mediante provocação, sendo a jurisdição inerte, juízes e tribunais fariam a análise da capacidade institucional apenas quando demandados, o que não impede a manifestação posterior e a reação crítica das demais instituições e poderes estatais. A segunda crítica consiste em assumir que a realidade também aponta para a impossibilidade de obtenção e de processamento de todas as informações necessárias para a análise adequada de capacidades institucionais e de efeitos sistêmicos, sendo contrafactual imaginar que se poderiam antever todos os erros – além de as informações serem analisadas por intérpretes que possuem suas próprias pré-compreensões e preconceitos. Para esses críticos, não haveria ganhos reais na adoção da teoria. Por fim, a crítica mais contundente à teoria das capacidades institucionais diz respeito ao fato de que tendencialmente levaria à adoção do formalismo, gerando uma postura deferente do Judiciário.

Em relação ao ponto, Frederick Schauer foi precursor em defender que as limitações institucionais acabariam conduzindo a uma escolha subótima: o formalismo¹⁵⁰. De acordo com o autor, a *aversão ao risco* é um dos principais argumentos para decidir com base em um sistema estruturado em regras. Desse modo, a *second best decision* (ou decisão de segunda ordem defendida pela teoria das capacidades institucionais), acabaria apontando no sentido da adoção de posturas formalistas. Relacionando as duas ideias, a crítica sustenta que a *second best option*, defendida pela teoria das capacidades institucionais, corresponderia a uma defesa velada do formalismo. É o que enxerga Clèmerson Merlin Clève, para quem a teoria das capacidades institucionais seria incapaz de reduzir os custos da tomada de decisão pelo Judiciário, que a seu ver é a instituição com maiores vantagens comparativas de desenho institucional para a tomada de decisões. Assim, sob o ponto de vista institucional, ainda que o autor reconheça a existência de limitações próprias a juízes e tribunais, defende que a melhor

¹⁵⁰ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, pp.152-153: "Rule-based decision-making is thus an application of the theory of the second best. (...) When we choose rules, and thus when we choose the option of the second-best, we focus on the worst of any array of decision-makers, for we worry more about decision-maker error than about the errors that are built into the rules themselves. Consequently, the choice of rule-based decision-making ordinarily entails disabling wise and sensitive decision-makers from making the best decisions in order to disable incompetent or simply wicked decision-makers from making wrong decisions. (...) A 'best case' perspective is necessarily averse to rules, for rule-based decision-making cannot produce the best result in every case. But a 'worst case' perspective is likely to embrace rules, recognizing that guarding against the worst case may in some circumstances be the best we can do".

resposta para o problema teria sido dada pela teoria dos *diálogos* institucionais¹⁵¹, prescindindo do argumento das capacidades institucionais.

Entendo que a teoria das capacidades institucionais e a teoria dos diálogos institucionais não se excluem mutuamente, e que há ganhos em inserir na cultura jurídica questionamentos comparativos de capacidade institucional. O fato de não existir uma instituição que deva proferir a *última palavra* não exclui a possibilidade de análise comparativa das limitações e vantagens de cada uma das instituições que possam decidir determinado tema *em primeiro lugar*. Para não gerar dúvidas, talvez a pergunta da teoria das capacidades institucionais precise ser reformulada nos seguintes termos: a questão “quem deve decidir?” deve ser entendida como “quem deve dar a *primeira palavra* sobre determinado caso ou conjunto de casos?”, aproximando a teoria das capacidades de uma *descrição*, e a teoria dos diálogos de uma *prescrição*. Até porque, a tomada da *primeira decisão* pela instituição apontada pela análise das capacidades pode acabar gerando uma nova questão, essa sim empírica e comparativamente mais próxima da instituição que cederá em primeiro lugar, dando início a um diálogo.

Dada a necessidade de fixação do preço da gasolina, por exemplo, a teoria das capacidades institucionais pode indicar que a Agência Nacional do Petróleo – ANP é a

¹⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. In. *Hermenêutica, Constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 400-401. Destaco o trecho pertinente: “As teorias normativas hermenêuticas procuraram pavimentar o caminho das discussões sobre qual melhor resposta poderia ser produzida pelo Judiciário. Em resposta, a teoria das capacidades institucionais procurou delinear os limites empíricos da transposição de tais teorias para o mundo fático. Porém, ao final, a imagem projetada pelo (novo) formalismo acaba por ser a reedição de antigas propostas para retirar questões polêmicas do Judiciário, por meio da alegação de que suas decisões possuem um custo elevado e que este Poder não ocuparia uma posição institucional adequada para realizar tais atividades. Continua-se a realojar velhos esqueletos teóricos de suas covas e substituir seus caixões. A incerteza que permeia o Judiciário não é reduzida ou os custos das decisões não são diminuídos quando outras instâncias assumem o papel de substituir o Judiciário diante de sua autocontenção. Ainda que os tribunais possuam, de fato, limitações e possam tomar decisões equivocadas, o Judiciário é detentor de vantagens institucionais se comparado com outros espaços de tomada de decisão. Apostas romantizadas em qualquer um dos ramos dos Poderes (ou mesmo no “Povo”) correm o risco de esquecer os problemas que podem assolar qualquer uma das instituições em questão. É inevitável que os poderes venham a ser eventualmente abusados. Não se trata de uma novidade que a fiscalização de constitucionalidade possa vir a ser instrumento para usurpar normas que possuem respaldo democrático e que foram produzidas tecnicamente de maneira adequada. Ao (antigo) questionamento sobre quem possui as melhores condições para responder a casos difíceis, anteponha-se a resposta de que a construção dos saberes jurídicos precisa ser realizada como uma conversa contínua entre todos aqueles que se encontram envolvidos em sua produção e revisão. Por fim, se há uma preocupação genuína no aumento da legitimação das decisões proferidas pelos Poderes a opção pela redução da complexidade parece rumar no sentido inverso daquela que propõe diálogos intra e interinstitucionais, na edificação de um Estado Democrático de Direito”. (grifos acrescentados)

instituição mais adequada para a tomada de decisão e, ao regular a matéria, a ANP pode acabar fixando o preço de forma desproporcional. Surge, assim, uma questão a ser resolvida pelo Judiciário, que para concluir pela irrazoabilidade ou não precisa identificar qual seria o preço razoável, o que pressupõe sua própria análise sobre o preço da gasolina. Assim, a instituição escolhida pela análise de capacidades ocupa apenas o primeiro lugar na cadeia de instituições capazes de se manifestar sobre a questão, e a forma como ela irá decidir gera (ou, ao menos, não impede) uma interação entre todas as instituições da cadeia, possibilitando o diálogo institucional.

O ganho possibilitado pelo argumento das capacidades institucionais vai além: insere no contexto da tomada de decisão uma pergunta necessária, que relativiza duas correspondências equivocadas da prática constitucional brasileira: em primeiro lugar, a imediata associação entre a inafastabilidade do controle judicial e a produção da primeira decisão pelo Judiciário. A tomada de decisão por instituição diversa não impede que a questão seja posteriormente levada ao exame de juízes e tribunais, como já se demonstrou com o exemplo do preço da gasolina. O fato de a Constituição garantir que nenhuma lesão ou ameaça de lesão possa ser subtraída do exame do Judiciário não significa que a esse Poder caiba decidir sobre todas as questões, em qualquer cenário, em primeiro lugar. Nesse contexto, o Professor Daniel Sarmento defende que o argumento das capacidades institucionais opera no sistema brasileiro como um *parâmetro de deferência judicial*¹⁵²: considerando-se a inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário (regra inexistente no direito americano, de onde advém a teoria), a importância da análise da capacidade institucional não está exatamente em “quem deve decidir”, mas em impor ao Judiciário um

¹⁵² Em artigo sobre o controle judicial de direitos sociais, o professor Daniel Sarmento defendeu: “Para enfrentar esta dificuldade, além das medidas acima sugeridas, deve-se adotar um parâmetro adicional para o exercício da proteção judicial destes direitos (sociais): quanto mais a questão discutida envolver aspectos técnicos de políticas públicas, mais cautelosa e reverente em relação às decisões dos demais poderes deve ser a atuação do Judiciário. Este não é um parâmetro isolado, na medida em que deve ser conjugado com outros, como os sugeridos acima, atinentes à razoabilidade da universalização da pretensão do titular do direito, e à essencialidade, para ele, da prestação social demandada. Mas me parece que dito critério deve desempenhar um papel relevante na adjudicação judicial dos direitos sociais”. SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético- Jurídicos*. Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 7 dez. 2018. Gustavo Binbenojm defende parâmetro semelhante para o controle judicial de atos administrativos, embora sem referência à teoria das capacidades institucionais: “quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 236.

alto nível de deferência aos poderes majoritários naquelas hipóteses em que juízes e tribunais não possuem as melhores capacidades institucionais para resolver o problema em discussão.

A teoria atenua, ainda, um dos efeitos gerados pelo neoconstitucionalismo, que junto com a ascensão do Judiciário criou a falsa percepção de que, *se* a Constituição garante direitos, *logo*, devem ser concretizados pelo Poder Judiciário. Na qualidade de trunfos, direitos não podem ser monopolizados por uma única instituição e a teoria das capacidades busca operacionalizar quem deve garantir a supremacia da Constituição, que não equilive à supremacia judicial, como prescreve a teoria dos diálogos institucionais, e que acaba pendendo para o lado do Judiciário em razão de a constituição prever o mecanismo de controle de constitucionalidade. O argumento da capacidade institucional realiza um filtro sobre as decisões que de fato devem ser tomadas pelo Judiciário, devolvendo às instâncias técnicas ou majoritárias a responsabilidade pela solução de questões que as cortes não deveriam ser as primeiras a decidir. Funciona de modo particularmente importante para os casos de decisões de conteúdo criativo, na medida em que o Judiciário só deve atuar na ausência de normas, sendo o primeiro a estabelecer a regulação para determinado caso ou conjunto de casos, se for o mais capacitado dentre todas as instituições capazes de fornecer a resposta.

Um resultado pró-Judiciário de análise comparativa de capacidades institucionais (entre Legislativo e Judiciário, por exemplo) qualifica a tomada de decisão e aumenta sua legitimidade, contrabalançando o déficit democrático. Além disso, só é possível associar capacidades institucionais e formalismo quando, de fato, a lei existe. O *tropismo* formalista não se verifica na ausência do estímulo externo legalista. Na falta de normas, ou na necessidade de densificação de princípios constitucionais de conteúdo aberto e abstrato, a crítica formalista é bastante diminuída. A teoria das capacidades institucionais é funcional porque provoca uma reflexão de performance e autocontenção: os juízes devem levar em conta as capacidades reais do Poder Judiciário para decidir, e os efeitos sistêmicos produzidos por suas decisões, principalmente quando exercem atividade legislativa.

1.3.3 Fundamento material para a criação judicial: defesa dos direitos fundamentais e das condições da democracia

Ao apreciar o pedido para a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Maria da Penha que condicionava o início da ação penal pública à representação da ofendida, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que o comando esvaziava a proteção constitucional assegurada às mulheres. A decisão do STF afastou a previsão legal da ação penal pública *condicionada* à representação da vítima para os casos previstos na lei estabelecendo, em seu lugar, que a persecução do Ministério Público poderia ter início via ação pública *incondicionada*. A Corte agiu criativamente para substituir o critério legal por outro que entendeu mais consentâneo com os valores e princípios constitucionais. O Relator da ADI 4.424, Ministro Marco Aurélio, é um dos maiores defensores do “legislador negativo” de Kelsen para impedir a realização de atividade normativa pelo Supremo Tribunal Federal. Apesar disso, não mencionou o dogma ao apresentar o voto condutor do julgamento da Lei Maria da Penha, nem o utilizou como barreira à adoção da decisão de forte teor criativo.

Com o reconhecimento de que tanto o legislador quanto o juiz criam o direito – embora sujeitos a limites diferenciados –, e com o afastamento dos limites clássicos à normatização judicial, como a separação de poderes e o dogma do legislador negativo, a questão principal a ser respondida passa a ser: *em que medida o Supremo Tribunal Federal possui legitimidade para criar uma norma para a solução de um caso concreto, sem invadir a esfera de atuação democrática dos poderes eleitos?* A primeira resposta que se propõe a essa pergunta coincide com a justificativa hegemônica para a atuação contramajoritária das cortes: a criação judicial do direito é legítima *quando em jogo a promoção e a proteção dos direitos fundamentais, principal tarefa das cortes constitucionais*. Em complementação à resposta da teoria constitucional, no direito brasileiro a normatização pelo Supremo Tribunal Federal também decorre do desenho da Constituição de 1988, que prevê fundamento autônomo para a atividade judicial criativa em defesa de direitos: o mandado de injunção.

Em relação ao primeiro fundamento, há relativa convergência de que às cortes constitucionais não cabe apenas a tutela da higidez do ordenamento jurídico, dele suprimindo leis e atos normativos incompatíveis com a Constituição. A principal missão dos tribunais constitucionais, compatível com o ideal substantivo de democracia, consiste em proteger direitos fundamentais de forma apartada do campo de escolhas políticas¹⁵³, notadamente os

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 69-71. “A fiscalização judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político. Essa é uma transformação que não poderá jamais ser integralmente bem-sucedida apenas no âmbito do Legislativo”.

direitos das minorias vulneráveis. Os problemas mais fundamentais do indivíduo e da sociedade devem ser tratados como *questões de princípio*¹⁵⁴, sejam eles morais ou políticos, por um órgão independente e insulado da política, e não como uma questão de poder político, sensível às escolhas majoritárias¹⁵⁵. Entende-se, assim, que o Judiciário possui uma vantagem comparativa para resguardar direitos, que sua atuação na proteção de direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia tem maior probabilidade de acerto do que de erros, e que as decisões judiciais quanto ao tema funcionam como um importante teste para a formulação de uma política abstrata pelos legisladores (experimentalismo judicial).

A legitimidade da revisão judicial não é objeto do presente estudo, mesmo porque já foi mapeada e destrinchada de forma crítica e aprofundada no Brasil¹⁵⁶. Mas o fundamento prevalente não é isento de críticas, com diversos autores defendendo o retorno das discussões sobre direitos aos órgãos politicamente responsáveis, até mesmo como reação a tribunais constitucionais de formação conservadora¹⁵⁷. Jeremy Waldron, por exemplo, questiona a ideia de que a defesa de direitos seria a tarefa central das cortes, qualificando o controle de constitucionalidade como instituto antidemocrático. Para o autor, não há garantia *prévia* de que a corte constitucional seja mais capaz de acertar em matéria de direitos fundamentais, o que depõe contra a delegação da resposta a agentes não eleitos. Além disso, como a democracia pressupõe a existência de desacordos, inclusive aquele relativo ao correto entendimento sobre o conteúdo dos direitos, o processo legislativo seria a sede própria tanto

¹⁵⁴ “Os princípios (...) são padrões que devem ser observados não em função da melhoria ou avanço que proporcionem para a coletividade nos planos econômico, político ou social, mas porque constituem uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Os argumentos de princípios são baseados em direitos, que devem ser assegurados ainda que contra fins coletivos tidos como desejáveis pela maioria”. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 89.

¹⁵⁵ “A jurisdição constitucional seria, por assim dizer, o forum do princípio por excelência, porquanto os juízes constitucionais, por sua formação e independência, são considerados mais aptos ou qualificados para resolver questões de princípios (insensíveis à escolha), enquanto os parlamentos e governos são mais qualificados, à vista de sua legitimação popular, para escolher as políticas públicas que melhor atendam ao interesse da coletividade”. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 90.

¹⁵⁶ V, por todos, MENDES, Conrado Hübner, *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 e MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁵⁷ Sobre o tema, conferir: KRAMER, Larry D. *The people by themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004; TUSHNET, Mark V. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; TUSHNET, Mark V. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008 e WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

para a discussão de políticas públicas, como de questões de princípio¹⁵⁸. O melhor procedimento é aquele que garante a maior participação¹⁵⁹⁻¹⁶⁰. Assim, Waldron conclui que não há uma relação necessária entre a defesa de direitos fundamentais (ou entre a leitura moral da Constituição) e o controle de constitucionalidade, padecendo a revisão judicial de vício de ilegitimidade democrática¹⁶¹.

Entretanto, apesar de manter a estrutura de sua objeção, o próprio Waldron relativizou sua crítica em relação aos países que *não possuem uma cultura de proteção de direitos* – grupo do qual o Brasil participa, sem orgulho. Nesses cenários *atípicos e patológicos*, que não possuem as características políticas e institucionais de democracias em bom funcionamento, a Corte Constitucional poderia exercer o controle de constitucionalidade, mantido o ônus de justificação da patologia. Como mencionado anteriormente, Waldron considera que uma situação democrática típica inclui (i) instituições democráticas em bom funcionamento, com um Parlamento representativo eleito com base no sufrágio universal; (ii) instituições judiciais também em bom funcionamento, capazes de solucionar conflitos e de manter o Estado de

¹⁵⁸ Nas palavras do próprio autor: “A discordância sobre direitos não é irracional e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levá-los a sério. Nessas circunstâncias, elas precisam, para resolver suas discordâncias, adotar procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – milhões delas – cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e tratá-las como iguais nesse processo. Ao mesmo tempo, elas devem assegurar que esses procedimentos enfrentem, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas que as discordâncias sobre direitos levantam. Os procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso (...) e uma camada adicional de revisão final pelos tribunais acrescenta pouco ao processo, a não ser uma forma bastante insultuosa de cerceamento e uma ofuscação legalista das questões morais em jogo na nossa discordância sobre direitos”. WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁵⁹ De acordo com MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 101: “A questão, mais uma vez, é de procedimento. Não há uma maneira de desenhar um procedimento político que garantiria uma decisão justa. Decisões substantivamente injustas são resultados sempre possíveis mesmo quando oriundas do melhor e mais justo procedimento. Waldron enfatiza que essa objeção também se aplica à revisão judicial”.

¹⁶⁰ “O papel especial da participação numa teoria dos direitos não é questão de ter prioridade moral sobre outros direitos. A participação é um direito cujo exercício é especialmente apropriado em situações nas quais os detentores de direitos discordam sobre quais direitos eles têm. O direito à participação estaria no plano da teoria da autoridade. Os outros, no plano da teoria da justiça”. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 103.

¹⁶¹ Na síntese de BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 231: “(A)lém de todos os processos decisórios, inclusive o controle de constitucionalidade, estarem sujeitos a resultados injustos, não se deve confundir teorias da justiça – dirigidas, p. ex., ao estudo do conteúdo dos direitos fundamentais, das suas interconexões e relações de prioridade com outros valores política e moralmente relevantes – , e teorias da autoridade, relativas a processos decisórios destinados a institucionalizar o critério de eleição da teoria de justiça que irá prevalecer em uma determinada sociedade política”.

Direito; (iii) compromisso genuíno da maioria da sociedade e das autoridades públicas com a proteção de direitos, inclusive com os direitos de minorias, e (iv) desacordo persistente e de boa-fé sobre o conteúdo desses direitos¹⁶².

Dessa forma, seja a partir da justificativa prevalente da teoria constitucional sobre a missão das cortes de proteção de direitos fundamentais, ou pela ótica da crítica condicional de Jeremy Waldron, pode-se fazer uso dos mesmos fundamentos para justificar a atividade legislativa do Judiciário. Diante de situações democráticas atípicas, e no contexto de países onde não se vivenciam a cultura e o compromisso com a proteção de direitos, a normatização judicial em matéria de direitos fundamentais funciona como “*uma solução não ideal para circunstâncias extraordinárias*”¹⁶³, tal qual o controle de constitucionalidade em si.

Nesse contexto, há exemplos de normatização em matéria de direitos fundamentais e dos pressupostos para o funcionamento da democracia em várias cortes constitucionais e supremas cortes do mundo. Em setembro de 2017, por exemplo, a Suprema Corte de Israel reconheceu a existência de violação ao princípio da igualdade para declarar a inconstitucionalidade de norma que excepcionava os judeus ultraortodoxos de alistarem-se ao Exército, enquanto os demais judeus deveriam cumprir o dever militar. Ao retirar do ordenamento jurídico uma exceção legislativamente aprovada, a Corte de Israel *criou* nova hipótese de incidência da norma geral, inovando quanto à sujeição dos judeus ultraortodoxos ao alistamento militar. Dessa forma, embora a decisão final tenha sido de mero acolhimento da declaração de inconstitucionalidade, a hipótese não envolve a decisão padrão de acolhimento ou rejeição do pedido de inconstitucionalidade¹⁶⁴.

¹⁶² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, volume 115, número 6, 2006, p. 1.360.

¹⁶³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento, São Paulo, 2008, p. 80.

¹⁶⁴ A questão remonta ao final dos anos 90, quando a Suprema Corte Israelense decidiu que o Ministro da Defesa não detinha competência para eximir jovens ultraortodoxos do serviço militar sem lei formal que o autorizasse. Então, em 2002, edita-se a *Tal Law* estabelecendo regras para o alistamento e o não-alistamento dos estudantes *yeshiva*. Ocorre que, em 2006, a Suprema Corte conclui que a igualdade entre os jovens não estava sendo promovida pelos critérios estabelecidos na *Tal Law*, determinando seu reexame. Como a decisão não havia sido cumprida até 2012, a Corte declarou a inconstitucionalidade da *Tal Law*, embora a exceção quanto aos judeus ultraortodoxos tenha continuado a ser aplicada. Anos depois da declaração de inconstitucionalidade, a dispensa do serviço militar foi estendida até 2017, ano em que deveriam ser estabelecidas cotas mínimas para alistamento de judeus ultraortodoxos, sob pena de responsabilização criminal. Antes de esgotado o prazo, porém, as cotas foram tornadas facultativas por lei posterior, tendo o Congresso novamente estendido o prazo de não alistamento até 2020, reatribuindo ao Ministro da Defesa a competência para excepcionar judeus ultraortodoxos do serviço militar. Além disso, para fins de preenchimento das

Em tema de democracia, após a queda do regime totalitário e a ascensão do regime democrático, a Corte Constitucional da Polônia¹⁶⁵ foi chamada a interpretar os dispositivos da constituição comunista ainda em vigor, porém de acordo com a então recém incluída garantia do Estado Democrático de Direito. Entre 1989 e 1997, ano em que a Constituição da República da Polônia foi promulgada, o Tribunal Constitucional *derivou* da garantia do Estado Democrático de Direito, inserida no texto da anterior constituição comunista, a proteção dos direitos do nascituro¹⁶⁶, o direito a um julgamento justo¹⁶⁷, o direito à privacidade¹⁶⁸, a regra da irretroatividade das leis¹⁶⁹, a proteção dos direitos adquiridos¹⁷⁰ e o princípio da proporcionalidade¹⁷¹. O mesmo aconteceu na Croácia e na Sérvia, em que decisões das respectivas cortes constitucionais auxiliaram na consolidação da democracia.

A expansão do escopo dos direitos fundamentais foi promovida da Índia à Alemanha. A densificação de direitos como liberdade, democracia, justiça, dignidade e igualdade, previstos em constituições entendidas como normas jurídicas¹⁷², demandam uma atuação bem

cotas, a lei considerou qualquer estudante entre 14 e 18 anos que tivesse estudado por pelo menos dois anos em instituições *Haredi*, o que aumentava artificialmente o número de “judeus ultraortodoxos” que preenchiam as cotas. Essa última lei foi declarada inconstitucional por discriminar jovens religiosos e não religiosos para fins de alistamento militar, gerando protestos da população Haredi sobre interferências indevidas do Judiciário no Legislativo. Conferir, a propósito, <https://www.haaretz.com/israel-news/israel-s-high-court-strikes-down-exemption-of-ultra-orthodox-from-military-service-1.5450226>. Acesso em 13 jun. 2018.

¹⁶⁵ Atualmente, porém, a Polônia vive grave crise democrática. A atuação criativa dos tribunais constitucionais, em favor da proteção de direitos, envolve o risco real de reação dos poderes majoritários, como aconteceu no país. O Partido populista de direita Lei e Justiça (PiS), que governa a Polônia desde 2015, aprovou em 2018 uma reforma do Judiciário que reduziu a idade de aposentadoria dos membros da Suprema Corte de 70 para 65 anos, medida que atingiu 27 dos 72 integrantes da corte. Outras determinações antidemocráticas do governo envolvem restrições à liberdade de imprensa, ao direito de manifestação e o controle sobre organizações não governamentais – ONGs.

¹⁶⁶ Tribunal Constitucional da Polônia, decisão de 28 de maio de 1997, K 26/96, OTK ZU 1997/2/19.

¹⁶⁷ Tribunal Constitucional da Polônia, decisão de 7 de janeiro de 1992, K 8/91, OTK ZU 1992, parte 1, p. 76-84; decisão de 27 de junho de 1995, K4/94, OTK 1993, parte 2, p. 297-310.

¹⁶⁸ Tribunal Constitucional da Polônia, decisão de 24 de junho de 1997, K21797, OTK ZU 1997/12/23.

¹⁶⁹ Tribunal Constitucional da Polônia, decisão de 22 de agosto de 1990, K7/90, OTK 1990, p. 42-58.

¹⁷⁰ Tribunal Constitucional da Polônia, decisão de 25 de fevereiro de 1992, K3/9, OTK 1992, parte 1, item 1. V.

¹⁷¹ Tribunal Constitucional da Polônia, decisão de 26 de abril de 1995, K11/94, OTK 1995, parte 1, item 12.

¹⁷² “Se a Constituição nasce para ser efetivamente aplicada, desse princípio decorre logicamente que, diante da obscuridade ou inexistência de norma que ponha em ação matéria constitucional, os órgãos ou poderes constituídos devem atuá-la. A construção jurisprudencial encontra fundamento nesse princípio. É uma decorrência *lógica* da Constituição encontrarem os poderes constituídos meios de atuá-la validamente”. FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 185.

mais criativa de juízes e tribunais que o exercício da jurisdição ordinária. Do direito à vida previsto no art. 21 da Constituição da Índia, a Suprema Corte do país inferiu, por exemplo, a existência dos direitos à saúde¹⁷³, à livre subsistência¹⁷⁴, à educação gratuita e compulsória até os 14 anos de idade¹⁷⁵, o direito a um meio-ambiente despoluído e à água potável¹⁷⁶, o direito à moradia¹⁷⁷ e o direito à privacidade¹⁷⁸. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, interpretando o art. 2º, seção 1, em conjunto com o art. 1º, seção 1, da Constituição da Alemanha, criou um *novo* direito fundamental decorrente dos direitos da personalidade: o *direito de confidencialidade e integridade nos sistemas de tecnologia da informação*¹⁷⁹⁻¹⁸⁰.

A atividade legislativa do Judiciário em matéria de direitos fundamentais tem inclusive justificado a ampliação do campo clássico de proteção, restrito a um caso concreto ou a um conjunto de casos (direitos individuais), para abranger a atuação criativa no controle e na formulação de políticas públicas¹⁸¹. Um dos exemplos paradigmáticos em matéria de controle criativo de omissões relacionadas a direitos fundamentais vem da Colômbia. A decisão proferida na ação de tutela T-025/04¹⁸² reconheceu o *estado de coisas*

¹⁷³ Suprema Corte da Índia, Parmanand Kataria v. Union of India AIR 1989 SC 2039.

¹⁷⁴ Suprema Corte da Índia, Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation AIR 1986 SC 180.

¹⁷⁵ Suprema Corte da Índia, Unni Krishnan v. State of AP (1993) 1 SCC 645.

¹⁷⁶ Suprema Corte da Índia, Indian Council for Enviro Legal Action v. Union of India (1996) 3 SCC 212; e A P Pollution Control Board II v. M V Nayudu (2001) 2 SCC 62.

¹⁷⁷ Suprema Corte da Índia, Gauri Shankar v. Union of India (1994) 6 SCC 62.

¹⁷⁸ Suprema Corte da Índia, Kharak Singh v. State of UP AIR 1963 SC 1295.

¹⁷⁹ Considerando o desenvolvimento recente dos sistemas informacionais, o crescente uso da tecnologia pelos cidadãos e, mais importante, a natureza pessoal dos dados inseridos e transmitidos nesses sistemas, o Tribunal solucionou a tensão entre *liberdade* e *segurança* reconhecendo o direito à *auto-determinação informacional* (*Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*). Declarou a inconstitucionalidade de lei que autorizava o uso de programas de acesso ao disco rígido e à memória de computadores pessoais enquanto estivessem online (“trojans”), restringindo o acesso secreto a hipóteses de perigo concreto (justa causa). BVerfG, Reference n. 1 BvR 370/07, de 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2008/02/rs20080227_1bvr037007en.pdf?__blob=publicationFile&v=5. Acesso em 28 out. 2018.

¹⁸⁰ BVerfG, Abstract of the German Federal Constitution Court’s Order of 29 September 2013, 2 BvR 939/13. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2013/09/rk20130929_2bvr093913en.html;jsessionid=2E642E0FE6E307AB0795CE51A152AFF1.2_cid394. Acesso em 28 out. 2018.

¹⁸¹ MORELLI, Sandra. The Colombian Constitutional Court: from institutional leadership, to conceptual audacity. In: BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Constitutional Courts as Positive Legislators*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011, p. 372-373.

¹⁸² Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-025/2004, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Várias decisões procedimentais se lhe seguiram: 177/2005; 218/2006; 266/2006 e 052/2008.

inconstitucional representado pela omissão dos poderes competentes em resolver o problema do deslocamento forçado da população rural em razão da violência interna do país (*desplazados*)¹⁸³. A violação *múltipla, massiva e contínua* de direitos fundamentais justificou o recebimento de uma resposta imediata dos poderes públicos – e a consequente atuação do tribunal constitucional como coordenador de políticas públicas. A atividade legislativa judicial na Colômbia não é isenta de críticas nem da tentativa de formulação de limites. Mas sem dúvida o Tribunal é uma das principais cortes em tema de criação judicial envolvendo direitos fundamentais.

Essa a primeira razão para a ausência de questionamentos do Ministro Marco Aurélio sobre a ausência de legitimidade do STF para a atuação como “legislador positivo” no caso da Lei Maria da Penha. A inovação judicial normativa encontra fundamento no papel de promoção e tutela de direitos fundamentais pelas Cortes Constitucionais, seja contra maiorias políticas eventuais, nas relações privadas, ou como condições estruturantes da própria democracia. Na hipótese, estavam em jogo direitos de uma minoria silenciada por muitos anos e a existência de posturas machistas estruturais normalizadas pela sociedade, de forma que condicionar o início da ação penal à representação da mulher poderia por em risco a própria proteção da minoria, finalidade última da norma. Além disso, a *regra default* em matéria de direito processual penal é a persecução via ação penal pública *incondicionada*. Assim, com a declaração de inconstitucionalidade da *exceção*, representada pela ação penal pública *condicionada à representação* da vítima, passaria a valer a *regra geral*, que é a utilização da ação penal pública incondicionada.

É também com base no papel de proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático que o Supremo Tribunal Federal exerce, por exemplo, o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição. Em razão de a competência não se encontrar expressamente listada no rol do art. 102 da CF, decorre da análise do caso concreto, da construção judicial por inferência do texto da Constituição, e da admissibilidade de uma certa margem de apreciação processual da Corte. Nesse sentido, o controle judicial de emendas é admissível nos limites da defesa de direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia –

¹⁸³ Os conflitos internos na Colômbia, de acordo com a Agência da ONU para os refugiados (UNHCR), atingiu números superiores àqueles verificados na Síria, que ocupa o segundo lugar. Em relatório de setembro de 2018 a agência aponta que “7,7 millones de personas han sido víctimas de desplazamiento forzado en Colombia”, sendo que “21,2% de ellos son Afrodescendientes, 6,2% son Indígenas y 42,4% niños, niñas, jóvenes y adolescentes”. Disponível em <https://www.acnur.org/5b97f3154.pdf>. Acesso em 16 dez. 2018.

e das demais cláusulas pétreas –, já que o quórum qualificado para a aprovação de emendas pressupõe que a formação da vontade tenha *também* contado com a participação da *minoría*. Da previsão constitucional de um rol de cláusulas pétreas não decorre a conclusão imediata de que o Supremo Tribunal Federal pode controlar toda e qualquer emenda à constituição, mesmo aquelas que não se referem às matérias do art. 60, §4º, da CF. Mas seu papel de guardião dos direitos fundamentais justifica a fiscalização da compatibilidade de uma emenda sobre a matéria.

Mas há um segundo fundamento para a criação judicial visando à proteção de direitos, além daquele apresentado pela teoria constitucional. O direito brasileiro possui uma particularidade normativa que deve guiar a interpretação e a sistematização da atuação legislativa do Supremo Tribunal Federal na tutela de direitos e garantias fundamentais: a previsão do mandado de injunção, garantia prevista pelo texto constitucional para ser acionada sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, CF). Como a competência originária para processo e julgamento do mandado de injunção é dos órgãos do Poder Judiciário, determinada de acordo com a autoridade responsável pela edição da norma regulamentadora faltante¹⁸⁴, não há dúvida de que a Constituição Federal atribuiu a juízes e tribunais a competência legislativa para elaborar a norma regulamentadora de direitos fundamentais, nos casos em que a mora do legislador impacte negativamente em seu exercício. A legitimidade da inovação em matéria de direitos fundamentais decorre, no direito brasileiro, de autorização *expressa* da própria Constituição de 1988 e do desenho constitucional do regime de defesa desses direitos.

Três principais normas integram o sistema constitucional de proteção e promoção de direitos fundamentais aplicável à normatização judicial: (i) a previsão do mandado de

¹⁸⁴ Art. 102, I, “q”, CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”; Art. 105, I, “h”, CF: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: (...)h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”; Art. 121, § 4º, V, CF: “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. (...) § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: (...) V - denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção”.

injunção como fundamento específico para a obtenção de respostas normativas do Poder Judiciário (art. 5º, LXXI, CF), com dupla finalidade constitucional: funcionar como norma de competência legislativa supletiva de juízes e tribunais em matéria de proteção de direitos fundamentais e como parâmetro para a inovação judicial; (ii) a atuação dos poderes públicos para garantir a aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, CF); e (iii) a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, que expressamente afasta a taxatividade do rol de direitos e garantias fundamentais expresso no texto da Constituição de 1988, autorizando a criação e a derivação de outros direitos e garantias a partir do regime e dos princípios da Constituição de 1988, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º, CF).

O conjunto formado por essas três normas, em cujo núcleo está o mandado de injunção, corresponde ao desenho estabelecido pelo constituinte originário para guiar a aplicação e a interpretação dos direitos fundamentais quando em jogo a atividade legislativa de juízes e tribunais. Atribuiu-se expressamente ao Judiciário um papel relevante de concretização dos direitos mais importantes dos indivíduos, para que não houvesse dúvida sobre a centralização que ocupam e devem ocupar na Constituição de 1988. Dessa forma, a criação judicial de normas *para a fruição imediata de direitos fundamentais* obstaculizados pela mora legislativa não viola a democracia ou invade de forma ilegítima a esfera de atuação do Parlamento, mesmo quando envolver discricção judicial. O marco normativo estabelecido a partir do mandado de injunção, quando em jogo a proteção de direitos fundamentais, cria uma imposição de agir, um *dever de atuação* judicial para a colmatação da lacuna, um tipo específico de resposta judicial, um *poder-atribuição* do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁵.

Em outras palavras, o mandado de injunção traz em si a justificação e a legitimidade para a criação de normas protetivas de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, positivando uma competência supletiva e funcionando como parâmetro a ser observado em todos os casos judiciais de inovação para a garantia de direitos fundamentais. Como bem pontuado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Ademar Borges, “(e)mbora a disposição

¹⁸⁵ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de injunção como poder-atribuição. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs.). *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 323: “Em outras palavras, o mandado de injunção, para ser eficaz e útil, somente pode ser analisado como ‘poder-atribuição’ do Supremo Tribunal Federal, a revelar uma capacidade política de criação normativa que pode se apresentar nos mais diversos contextos processuais possíveis e nos formatos mais diversos. O mandado de injunção, nesses termos, é uma caracterização ou rotulagem de um tipo específico de decisão do Supremo Tribunal Federal, e não uma tipificação de instrumento processual”.

constitucional especifique um modelo processual típico para a superação judicial da omissão legislativa inconstitucional, a norma constitucional veiculadora do mandado de injunção (art. 5º, LXXI) *implica a atribuição de uma competência normativa ao Poder Judiciário de criação de um novo texto normativo*¹⁸⁶. Não se trata apenas da previsão de um instrumento processual subjetivo para purgação da mora do legislador, mas da existência de uma norma (inferida) de atribuição de competência para que juízes e tribunais de uma forma geral, forneçam uma resposta normativa se essa for necessária ao exercício de um direito fundamental estabelecido constitucionalmente. Um exercício de inferência constitucional, como se verá mais adiante.

Desse modo, os limites previstos pela norma do art. 5º, LXXI, CF, aplicam-se, de forma genérica, a todos os casos em que juízes e tribunais forem chamados a colmatar lacunas para o exercício de direitos fundamentais. A garantia do mandado de injunção positiva uma autorização judicial normativa e prevê os parâmetros a serem observados nos casos de inovação, seja no âmbito de um mandado de injunção ou de qualquer outro meio processual. Ou seja, o Judiciário poderá criar a norma regulamentadora se: (i) o direito fundamental estiver consagrado em norma constitucional pendente de regulamentação; (ii) possuir grau suficiente de densidade normativa; (iii) a omissão legislativa se configurar após o decurso de prazo razoável; (iii) e a omissão estiver colocando em risco a fruição do direito. Apesar de o fenômeno da omissão inconstitucional se verificar em vários países do mundo, o modelo brasileiro de combate à mora legislativa não encontra correspondência em nenhum outro sistema constitucional¹⁸⁷ e é muito mais sofisticado do que parece¹⁸⁸.

Não precisamos buscar fundamento em outros sistemas jurídicos, principalmente em matéria de proteção a direitos fundamentais. A peculiaridade do modelo constitucional

¹⁸⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SOUSA FILHO, Ademar Borges. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 13, n. 74, p. 65-75, mar./abr. 2014. Parecer.

¹⁸⁷ “(O)s comparatistas atuais entendem que o mandado de injunção constitui instituto inédito. Entre nós, André Ramos Tavares e Manoel Gonçalves Ferreira Filho concluem no mesmo sentido: as semelhanças do mandado de injunção com outros institutos do direito estrangeiro são insuficientes para pretender derivar deles o *writ* brasileiro em sua específica formulação”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SOUSA FILHO, Ademar Borges. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 13, n. 74, p. 65-75, mar./abr. 2014. Parecer.

¹⁸⁸ “O Constituinte, diante de um passado de ausência de enraizamento das Constituições, procurou conferir ao Judiciário um padrão de atuação capaz de auxiliar de maneira poderosa no processo de efetividade da Constituição”. CLÈVE, Clèmerson Merlin e LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 67.

brasileiro de normatização pelo Judiciário, em cujo núcleo se encontra o mandado de injunção afasta, por exemplo, a aplicação das categorias construídas pelo direito italiano para qualificar as decisões judiciais brasileiras de alto grau criativo. *Em primeiro lugar* porque a própria formulação das sentenças manipulativas italianas se deveu à necessidade de uma resposta para o controle de omissões relativas violadoras de direitos fundamentais, já que a constituição italiana não prevê um instrumento normativo para o controle específico de omissões, tal qual o mandado de injunção¹⁸⁹. Ou seja, na ausência de um instrumento específico para o controle de omissões, a corte italiana buscou resolver o vácuo inconstitucional por meio da ampliação da fiscalização da inconstitucionalidade por *ação*. Não é o que acontece no direito brasileiro.

Em segundo lugar porque o mandado de injunção *não condiciona* a normatização judicial à existência de uma única ou específica solução prevista na Constituição, mas apenas à verificação de uma omissão legislativa inconstitucional violadora de direitos fundamentais, admitindo uma certa margem de discricionariedade judicial na concretização do direito. Quanto ao ponto, o tribunal constitucional italiano só está autorizado a suprir a lacuna via decisão aditiva se (e somente se) a *omissão relativa inconstitucional do legislador* puder ser colmatada a partir de uma *solução constitucionalmente obrigatória (a rime obbligate)*, ou seja, quando a normatização judicial não envolver a realização de escolhas discricionárias pela Corte e resultar de forma expressa da constituição. No Brasil, ao contrário, a Constituição de 1988 admite a supressão de omissões constitucionais violadoras de direitos fundamentais, relativas ou totais, via mandado de injunção ou com fundamento na norma de competência por ele criada, sem a necessidade de solução prévia constitucionalmente obrigatória.

Ou seja, o fundamento para a adoção das sentenças aditivas italianas é expressamente afastado pelo referencial normativo criado a partir da norma do mandado de injunção, que impõe a necessidade de regulamentação judicial sem determinar seus contornos (ainda que admita limites). Esse é o principal motivo de as sentenças aditivas do direito italiano não poderem ser transplantadas para o Brasil. A resposta do direito constitucional brasileiro é melhor e mais ampla: não se condiciona a proteção de direitos fundamentais, no caso concreto, à existência de uma resposta abstrata prevista de forma direta em alguma outra

¹⁸⁹ Foi “sobretudo a ocorrência de omissões relativas inconstitucionais violadoras de direitos fundamentais associada à ausência de previsão normativa para lidar com esse tipo de situações que levou a doutrina a refletir sobre remédios para esse tipo de invalidade e o Tribunal Constitucional a inovar, através do uso imaginativo de sentenças manipulativas, algumas das quais com efeitos aditivos”. MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 28.

norma constitucional. Se há omissão legislativa e, em razão disso, direitos fundamentais estão tendo seu exercício obstaculizado, a Constituição *impõe* a intermediação do juiz, ainda que com certa discricção e fora dos autos de um mandado de injunção.

A propósito, conforme preceitua a doutrina da instrumentalidade do processo, o meio processual não pode se sobrepor à finalidade da norma constitucional, devendo servir de instrumento para a realização dos objetivos e dos direitos tutelados constitucionalmente. A criação em matéria processual é analisada no próximo tópico, mas pode-se desde já afirmar que a jurisdição constitucional tem características peculiares e não segue a lógica da teoria geral do processo, o que justifica o reconhecimento de uma margem de apreciação processual das cortes constitucionais para a consecução dos objetivos constitucionais. Deve-se, nos limites da Constituição e para a promoção dos direitos mais caros ao homem e à sociedade, admitir a criação de soluções processuais eficazes para a concretização do projeto da Constituição de 1988, o que passa pela aplicação do fundamento normativo do mandado de injunção, por analogia, aos demais instrumentos processuais.

No direito constitucional brasileiro, portanto, há dois fundamentos que justificam a criação de normas pelo Poder Judiciário *em matéria de direitos fundamentais*: (i) o argumento decorrente da teoria e da filosofia constitucionais, referente ao principal papel das cortes constitucionais e supremas cortes do mundo, que corresponde à tutela de direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia; e (ii) outro decorrente do desenho constitucional e do texto da Constituição de 1988 que, ao prever o mandado de injunção, estabeleceu norma de competência para a criação de normas pelo Poder Judiciário. Em relação às demais matérias, a normatização pelo Judiciário encontra limites mais intensos, em razão do princípio democrático e da capacidade institucional do Judiciário.

Dessa forma, a solução da equação de legitimidade do Judiciário para formular a norma do caso concreto, em hipóteses que não envolvam direitos fundamentais e regras do jogo democrático, passa pela análise de diversas outras variáveis. Isso não corresponde a afirmar que a Constituição impede a inovação judicial em tema diverso dos direitos fundamentais. Mas apenas que, em relação às outras matérias, a regra é a não intervenção criativa do Judiciário e a realização de atividade legislativa pelo *Legislativo*, ainda que possa ser transferida para o Judiciário em casos específicos, ou se atendidos determinados testes institucionais.

Considerando-se o fundamento material para a criação de normas pelo Poder Judiciário, os limites ao exercício da normatização por juízes e tribunais, e a proposta que será apresentada ao longo do trabalho, pode-se afirmar que: (i) há zonas em que a atuação construtiva do STF *se impõe*, como na proteção de direitos fundamentais e das regras do jogo democrático (missão constitucional); (ii) há matérias em que o Poder Judiciário possui *preferência* para atuar criativamente, como na existência de interesse direto dos demais poderes constituídos ou de conflito de interesses entre as instituições e seus membros (preferência constitucional); (iii) há zonas em que o STF *não* pode atuar criativamente, sob pena de subversão do texto constitucional, como na criação de normas penais *contra o réu* (vedação constitucional); e (iv) há uma enorme zona de incerteza de atuação, sobre a qual incidem determinados testes institucionais. Antes disso, porém, é preciso agregar um segundo fundamento para a atuação criativa das cortes constitucionais em matéria de técnicas de decisão: a margem de conformação processual das cortes.

1.3.4 Fundamento processual para a criação judicial: liberdade de conformação processual das Cortes Constitucionais

Em fevereiro de 2018, a Segunda Turma do STF concedeu *habeas corpus coletivo* para substituir por prisão domiciliar a prisão provisória de gestantes e mães de crianças de até doze anos, ou de pessoas com deficiência, desde que atendidos alguns requisitos listados na decisão¹⁹⁰. O acórdão inédito no STF acrescentou à previsão do art. 5º, LXVIII, da CF, o cabimento de *habeas corpus* de natureza *coletiva*. Em um segundo grupo de casos, o Supremo Tribunal Federal vem relativizando o requisito da *aderência estrita* para fins de ajuizamento de reclamação envolvendo o conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade¹⁹¹, admitindo-a tanto nos casos em que a decisão reclamada fere o *dispositivo*

¹⁹⁰ STF, Segunda Turma, HC n. 143641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.02.2018, p. 09.10.2018.

¹⁹¹ Ver, a propósito, Rcl 15.243-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Rcl 18.638-MC, Rel. Min. Roberto Barroso; Rcl 18.836, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl. 18.746-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl. 16.074, decisão proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski no exercício da Presidência do STF; Rcl 18.290-MC, Rel. Min. Luiz Fux; Rcl. 16.434, Rel. Min. Rosa Weber.

da decisão da Corte na ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto¹⁹², como também nos casos de afronta a seus *motivos determinantes*.

Essas decisões tem entre si três semelhanças: (i) visando à tutela de finalidades, valores e direitos estabelecidos na Constituição, (ii) provocaram o exercício da *livre conformação processual* pelo Supremo Tribunal Federal, já que (iii) as decisões ultrapassaram os limites da suposta norma processual aplicável ao caso. São exemplos, no direito constitucional brasileiro, do que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão conhece como *autonomia processual*, instituto que irradiou com o mesmo nome para a América do Sul, a partir de decisões do Tribunal Constitucional do Perú. A locução *autonomia processual*, no entanto, não é que a melhor representa a atuação criativa do STF em matéria processual. Os casos envolvem a *livre conformação do processo* ou uma *margin de apreciação processual das Corte Constitucionais*, expressões adotadas no presente trabalho. Não há autonomia para criar.

A discricionariedade das cortes para ajustar o processo às suas finalidades constitucionais não se confunde com autonomia. Se alguma autonomia existe quanto ao tema, refere-se ao *processo constitucional* quando comparado ao direito processual *lato sensu*, e não das supremas cortes em relação ao processo constitucional. Não existe um espaço processual *autônomo* em que o Supremo Tribunal Federal pode livremente contrapor sua vontade à do legislador. Ao Legislativo cabe manter ou rever a solução processualmente construída pela Corte, como pode fazê-lo em decisões substantivas (ainda que limitado às cláusulas pétreas). As cortes constitucionais devem identificar no direito processual em vigor, ou nas soluções do direito comparado, padrões de decisão ou modelos aplicados e testados para a solução do mesmo problema jurídico. Se inexistentes, pode criá-los, sem que isso corresponda a um afastamento do controle posterior do Parlamento. Não existe tribunal constitucional “senhor de seu processo” (*Herr seines Verfahrens*)¹⁹³.

Além disso, apesar de a solução processualmente inovadora não estar expressa na lei, deve decorrer de uma operação *praeter constitutionem*, o que significa estar contida nos

¹⁹² STF, Plenário, ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30/04/2009, p. 06/11/2009. Em síntese, o Supremo julgou procedente o pedido da ADPF para declarar a não-recepção da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967).

¹⁹³ Tribunal Constitucional Federal Alemão, decisão proferida no caso *Neugliederung Hessen*. BVerfGE 13, 54.

limites estabelecidos pela interpretação sistemático-teleológica da Constituição¹⁹⁴. Nesse sentido, Peter Häberle e Engelmann referem-se ao direito processual constitucional como *parte* do próprio direito constitucional material¹⁹⁵. De forma mais direta, Guilherme Peña de Moraes expressa que a solução processual fruto da livre conformação processual das cortes constitucionais trata da criação de norma “*extra legem, porém intra ius*”¹⁹⁶.

A margem de apreciação processual envolve, assim, a liberdade da corte constitucional para a configuração e conformação do processo constitucional, com a criação de princípios e regras processuais complementares, em respeito às especificidades da jurisdição constitucional. O processo constitucional não segue a lógica da teoria geral, estruturada para a solução de conflitos privados, mas sim busca a consecução de finalidades estabelecidas pelo próprio constituinte. A partir da constatação de que, no caso concreto, a aplicação de institutos e formalidades, tal qual previstos pelo direito processual, não produz o melhor resultado constitucional, procura-se a resposta processual *eficaz* para a concretização das finalidades constitucionais¹⁹⁷, com vocação de estabilidade e de aplicação a casos futuros.

De acordo com a Professora Patricia Rodriguez-Patrón, responsável por esmiuçar as decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre o tema, a “autonomia processual” deve ser conceituada como a “*capacidade do tribunal para a criação de princípios e regras processuais próprias que pressupõem uma complementação judicial da lei, em sede de um processo concreto*”¹⁹⁸. Adicionando à ideia de *livre conformação processual* a necessária

¹⁹⁴ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 85: “Não se pode perder de vista, entretanto, que essa peculiar liberdade da Corte constitucional para definir seu direito processual está vinculada à realização das funções a ela imputadas. A configuração indissociavelmente vinculada ao cumprimento da função que a Constituição lhe encomendou. Daí por que, novamente com apoio em Engelmann, se pode concluir que a posição do Tribunal Constitucional como órgão constitucional e Tribunal especial não só resulta da liberdade demonstrada na configuração de seu direito processual, mas também há de ser a principal fonte que determine seus limites. Dito de outro modo, já agora se aproximando do tema em debate, os limites das técnicas decisórias são também os limites da jurisdição constitucional”.

¹⁹⁵ RODRÍGUEZ-Patrón, Patricia. La libertad del tribunal constitucional alemán. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 21, número 62, maio-agosto 2001.

¹⁹⁶ MORAES, Guilherme Peña. *Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012, p.105.

¹⁹⁷ VÁSQUEZ, Jorge León. El Tribunal Constitucional y la configuración de su derecho procesal. *Segunda Época* n° 2, junio-julio 2009. Disponível em derechovirtual.com. Acesso em 28 ago. 2018, p. 6: “La *ductibilidad* con que el TC debe aplicar las categorías procesales no se condice con el excesivo formalismo que usualmente acompaña al ordenamiento procesal civil o penal; opta así decididamente por una postura a favor de una *tesis antiformalista*”.

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ-Patrón, Patricia. La libertad del tribunal constitucional alemán. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 21, número 62, maio-agosto 2001, p. 129. Em outra obra, a mesma autora qualifica a autonomia processual como “el perfeccionamiento jurisdiccional que de su

vinculação de seu produto às finalidades constitucionais, o ex-Presidente do Tribunal Constitucional do Perú a descreve como “*a facultade do Tribunal Constitucional em virtude da qual tem a possibilidade de desenvolver e complementar o regulamento processual constitucional, em atenção aos princípios gerais do direito constitucional material e às finalidades da jurisdição constitucional*”¹⁹⁹.

As noções traduzem os pressupostos estabelecidos por Günther Zemsch, autor de trabalho seminal sobre o tema²⁰⁰, para a configuração da livre conformação processual das cortes constitucionais – ainda que utilizando a expressão autonomia processual –: deve se referir a (i) questões processuais, (ii) produzidas a partir de um caso concreto, (iii) que não se poderia obter a partir das formas tradicionais de criação judicial do direito (interpretação e integração). Zemsch afasta categoricamente a natureza legislativa das soluções processuais inovadoras, seja porque a Corte não estaria vinculada a tais princípios e regras processuais tal como o está em relação às leis (apesar da vocação para reger os casos posteriores), seja porque não emanam de um procedimento estabelecido *a priori*²⁰¹. Discordo dessa posição. Ainda que o processo de elaboração da norma seja distinto, há dever de coerência e integridade de juízes e Cortes em relação a seus próprios precedentes, que devem buscar o ideal de estabilidade e previsibilidade. As soluções *processuais* inovadoras do Supremo Tribunal Federal também são fruto do exercício de atividade normativa²⁰², ainda que tenham

regulación procesal realiza el TC, más allá de los métodos convencionales de interpretación e integración del derecho (cuando estos se revelan insuficientes dada la especialidad del proceso constitucional). A través de ella, el TC, en el seno de procesos concretos, crea reglas y principios procesales generales más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidad”. RODRÍGUEZ-Patrón, Patricia. *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 2003, p. 141.

¹⁹⁹ LANDA, César. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, 2009, p. 295. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/3875/3407>. Acesso em 12 jun. 2018. No original: “*la facultad del Tribunal Constitucional en virtud de la cual tiene la posibilidad de desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional, en el marco de los principios generales del derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales*”.

²⁰⁰ Günther Zemsch utiliza a expressão “autonomia processual” em sua tese de doutorado, intitulada *Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts*, defendida sob orientação do Professor Peter Häberle, em 1971. A tese foi objeto de detalhado estudo pela Professora Patricia Rodríguez-Patrón, em seu texto *La libertad del tribunal constitucional alemán*, publicado na *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 21, número 62, maio-agosto 2001, p. 125-178.

²⁰¹ RODRÍGUEZ-Patrón, Patricia. *La libertad del tribunal constitucional alemán*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 21, número 62, maio-agosto 2001, p. 137-138.

²⁰² MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 93-97.

origem jurisprudencial, embora respondam de forma diferente aos limites da democracia e das capacidades institucionais.

Some-se aos pressupostos de Zemsch o fato de o resultado da margem de apreciação processual das Cortes Constitucionais produzirem (iv) *eficácia externa*. Essa característica diferencia a produção de normas e princípios processuais próprios – inserida no âmbito da margem da apreciação processual das cortes constitucionais –, do exercício da autonomia *administrativa* do tribunal para a elaboração de seu regramento interno. Os regimentos internos destinam-se principalmente a aspectos de organização, com eficácia *interna*. O exercício da livre conformação do processo constitucional, ao contrário, gera respostas com eficácia precipuamente externa – apesar de também vincular o Tribunal ao precedente em casos futuros, ou de obrigá-lo a realizar o devido *distinguishing*.

Um registro, antes de avançar. No caso brasileiro, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal também contém normas processuais que *ultrapassam* os muros da corte. Isso acontece porque seu texto, aprovado em 15 de outubro de 1980, tinha por objeto regular “o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República” (art. 1º do RI/STF), com fundamento no então vigente art. 120, parágrafo único, “c”, da Constituição de 1969²⁰³. O Texto de 1988, ao contrário da Constituição de 1969, não conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência legislativa para a regulamentação das normas processuais aplicáveis aos feitos por ele julgados²⁰⁴, já que a competência para regulamentação do processo é privativa da União e a elaboração dos regimentos internos submete-se às normas de processo e às garantias processuais das partes, devendo atualmente

²⁰³ Que reproduzia a norma prevista no art. 115, parágrafo único, “c”, da Constituição de 1967: “Art. 115. O Supremo Tribunal Federal funcionará em Plenário ou dividido em Turmas. Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá: (...) c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso; (...)”. Eis a redação do art. 120, parágrafo único, “c”, da Constituição de 1969: “Art. 120. O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas. Parágrafo único. O regimento interno estabelecerá: (...) c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso (...)”.

²⁰⁴ Não por outra razão o conteúdo do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi objeto de controle de constitucionalidade, sob a modalidade difusa, no âmbito da Ação Originária n.º 32, Rel. Min. Marco Aurélio. Na ocasião, o Plenário do STF declarou a recepção das normas do Regimento Interno editadas à luz da Constituição anterior, porém compatíveis materialmente com a Constituição de 1988, ainda que pontuando a impossibilidade de edição de novas normas de conteúdo processual com eficácia geral. Ver STF, Plenário, AO n.º 32-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30/08/1990, p. 28.09.1990: “REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - NORMAS PROCESSUAIS. As normas processuais contidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foram recepcionadas pela autal Carta, no que com ela se revelam compatíveis. O fato de não se ter mais a outorga constitucional para edição das citadas normas mediante ato regimental apenas obstaculiza novas inserções no Regimento, ficando aquém da derrogação quanto as existentes à época da promulgação da Carta. (...)”.

dispor apenas “sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”²⁰⁵.

Além de diferenciar-se da competência para elaboração de regimentos internos, a livre conformação processual das cortes constitucionais tampouco é fruto de interpretação ou integração normativa. Em primeiro lugar, é preciso registrar que, por serem atribuídas *a todo e qualquer tribunal* – e não apenas às cortes constitucionais e supremas cortes –, a capacidade de interpretar e integrar judicialmente o direito não demanda um fundamento específico. A “autonomia processual”, tal como construída pelo direito alemão, não busca a solução normativa a partir da determinação do sentido, conteúdo ou alcance de uma norma. A resposta a que chega a Corte, via livre conformação processual, não poderia ter sido alcançada pelos meios tradicionais de criação judicial do direito.

Há uma margem de apreciação processual, um *silêncio processual eloquente*, uma espécie de competência delegada pelo legislador à Corte Constitucional para que adequue o processo às suas finalidades constitucionais. Isso porque, como às supremas cortes cabe a guarda da Constituição, o objeto de sua jurisdição se diferencia daquele exercido pelos demais órgãos do Poder Judiciário. A tendência de encarar o processo como um *instrumento* satisfativo das pretensões materiais e não como um fim em si mesmo²⁰⁶ encontra ápice, dessa forma, na margem de apreciação do processo constitucional – já que as pretensões materiais envolvidas são qualificadas pela supremacia constitucional e pela fundamentalidade dos direitos em questão. O sistema processual, compreendido a partir da Constituição, é fator de efetividade de suas normas²⁰⁷, e abrange tanto o acesso à suprema corte, como a adequada conformação processual de suas decisões. Do contrário, “os processos constitucionais correriam o risco de serem submetidos a um positivismo jurídico processual, o que não é

²⁰⁵ Art.96, I, a, CF: “Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; (...)”.

²⁰⁶ Sobre o tema é seminal a obra de DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol.1. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 317.

*consistente com os propósitos constitucionais que esses processos são chamados a proteger*²⁰⁸.

Não se trata de afastar formalidades processuais ou de propagar que em nome da Constituição se pode tudo. Os aspectos formais, por excelência, justificam-se pela garantia da isonomia e do devido processo legal, princípios também consagrados na Constituição. Prazos, produção de provas, requisitos da sentença, entre outros, são elementos que permitem a previsibilidade na marcha preclusiva processual²⁰⁹. No entanto, as questões formais não podem se sobrepor, por exemplo, à missão das cortes constitucionais de tutela da democracia e dos direitos fundamentais, afigurando-se legítimo sustentar que, diante do vácuo normativo ou da deficiência da lei, o direito processual seja configurado para adequar as formalidades do processo ao cumprimento de seus fins constitucionais²¹⁰. É o processo que deve servir à plena realização dos valores, normas e princípios que se encontram no núcleo da Constituição, e não o contrário. Para a construção de uma democracia forte, para a tutela de direitos, e para o devido respeito ao princípio da supremacia constitucional, a margem de apreciação processual é uma necessidade inexorável dos tribunais constitucionais e supremas cortes²¹¹.

Dessa forma, o afastamento fundamentado de formalidades adjetivas, e a criação de soluções processuais para a satisfação de interesses de relevância nuclear, encontra *fundamento na consecução dos valores e fins materiais mais caros ao constituinte*. A legitimidade da livre conformação processual do Supremo Tribunal Federal, embora não encontre justificativa *normativa* tal como na Alemanha²¹² e no Perú²¹³, pode e deve ser

²⁰⁸ LANDA, César. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, 2009, p. 307. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/3875/3407>. Acesso em 12 jun. 2018. No original: “los procesos constitucionales correrían el riesgo de ser sometidos a un positivismo jurídico procesal basado en la ley, que no se condice con los fines constitucionales que estos procesos están llamados a tutelar”.

²⁰⁹ LUNARDI, Soraya. *Teoría do processo constitucional: análise de sua autonomia, natureza e elementos*. São Paulo: Atlas, 2013, p.178.

²¹⁰ LANDA, César. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, 2009, p. 291. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/3875/3407>. Acesso em 12 jun. 2018.

²¹¹ LANDA, César. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, 2009, p. 288. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/3875/3407>. Acesso em 12 jun. 2018.

²¹² Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão, tradução de Luís Afonso Heck. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176367>. Acesso em 02 nov. 2018.

reconduzida à tutela dos direitos subjetivos previstos constitucionalmente, qualificados que são pela supremacia das normas constitucionais.

Todavia, a margem de conformação processual dos tribunais constitucionais encontra *limites*. Com efeito, nos países em que existe legislação própria a reger o processo perante as cortes constitucionais, o primeiro limite – ou a prioridade de aplicação – coincide com (i) o conteúdo estabelecido nesses atos normativos, uma vez que idealmente foram forjados sob a lógica de proteção de direitos. Não menos importante, a Corte também deve manter no horizonte (ii) as razões derivadas da concepção contemporânea de separação de poderes, visando à manutenção do equilíbrio entre as forças do Estado. Por fim, a margem de apreciação processual (iii) não pode resultar na ampliação (genérica e abstrata) do rol de competências taxativas dos tribunais constitucionais²¹⁴, matéria reservada à Constituição e, portanto, fora do âmbito de iniciativa própria das cortes.

A isso corresponde afirmar que a livre conformação processual só “*entra em juego cuando una competencia foi outorgada (à Corte), mas a lei não prevé o procedimiento para levá-la a cabo, ou o faz de forma deficiente*”²¹⁵. A análise da jurisprudência e da doutrina peruanas, por sua vez, demonstra um rol mais detalhado de limites, ainda que na essência represente e corrobore aqueles até aqui enumerados. No precedente *Colegio de Notarios de Junin*²¹⁶ a corte peruana reconheceu como limites ao que denomina de “autonomia processual”: (i) a separação de poderes; (ii) a proibição da arbitrariedade; (iii) a segurança jurídica e (iv) os direitos fundamentais²¹⁷. Exemplificativamente, portanto, os filtros de acesso

²¹³ Resolução de 8 de agosto de 2005, expediente n° 0020-2005-PI/TC, fundamento 2.

²¹⁴ “(S)ólo le corresponde, en esta materia, una función declarativa, con la posibilidad de interpretar el alcance, las excepciones o los parámetros y la extensión del control de cada competencia concreta que le haya sido asignada previamente por la LF (lei fundamental)”. RODRÍGUEZ-Patrón, Patricia. *La libertad del tribunal constitucional alemán*. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 21, número 62, maio-agosto 2001, p. 138.

²¹⁵ RODRÍGUEZ-Patrón, Patricia. *La libertad del tribunal constitucional alemán*. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 21, número 62, maio-agosto 2001, p. 140. Desde a teoria dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre precedente *McCulloch v. Maryland*, se entende que a outorga de competência expressa a determinado órgão importa em atribuição implícita dos meios necessários à realização de suas *finalidades*.

²¹⁶ Tribunal Constitucional do Perú, Exp. 0016-2002-AI/TC. Disponível em <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf>. Acesso em 02 nov. 2018.

²¹⁷ “Un primer límite, por tanto, a la autonomía procesal del TC viene a ser el *principio de división del poder*. (...) Un segundo límite vendría a ser el *principio de prohibición de la arbitrariedad*, obligación del TC a establecer reglas procesales pero con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. (...) El tercer límite lo constituye el *principio de seguridad jurídica*. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de

ao STF e a limitação jurisprudencial do parâmetro de controle de constitucionalidade²¹⁸ só se legitimam na medida da realização das finalidades constitucionais – e não contra elas –, ainda que a equação a ser revolvida pelo Supremo possa ser composta por variáveis como a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), a celeridade processual, e a tutela jurisdicional *efetiva*.

Limites em geral são difíceis de serem estabelecidos. E, no ponto, o Brasil possui duas dificuldades adicionais: em primeiro lugar, não existe código de processo constitucional ou lei geral de processo perante o Supremo Tribunal Federal, tal como a dos tribunais peruano e alemão²¹⁹. As Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999 demoraram mais de dez anos desde a promulgação da Constituição de 1988 para serem editadas e, quanto às regras processuais e técnicas de decisão, em geral positivaram as normas *criadas* pela jurisprudência do STF²²⁰.

la arbitrariedad. La seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho. Los *derechos fundamentales*, como cuarto límite a la autonomía procesal del TC, da lugar a una exigencia muy concreta: su mayor protección. En ningún caso, sin embargo, el establecimiento de reglas procesales debe llevar consigo la desprotección del contenido esencial de los mismos o una disminución de ese núcleo en cuanto a su eficacia”. VÁSQUEZ, Jorge León. El Tribunal Constitucional y la configuración de su derecho procesal. *Segunda Época* nº 2, junio-julio 2009, p. 21-22. Disponível em derechovirtual.com. Acesso em 28 ago. 2018.

²¹⁸ Tais como o entendimento jurisprudencial de que normas pré-constitucionais não poderiam ser objeto de ADI; ou dos filtros representados pela liberação do processo (pelo Relator) e sua inserção (pelo Ministro Presidente) na pauta de julgamento, além dos filtros de conhecimento dos casos sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal (prequestionamento, questões fáticas, interpretação de cláusulas contratuais, ofensa reflexa à Constituição).

²¹⁹ Na opinião de Soraya Lunardi, outros fatores no direito brasileiro “propiciam o papel criativo do STF: a) Lacunas processuais: desde a introdução da Representação de inconstitucionalidade em 1965 e até 1999 não houve normas processuais que regulamentassem o controle abstrato. Isso fortaleceu o papel criativo do STF, que estabeleceu múltiplas regras processuais mediante o Regimento Interno, assim como com construções jurisprudenciais. Mesmo após a promulgação das leis de 1999 persistem muitas lacunas, como constatamos ao se referir ao *amicus curiae*, ao papel das liminares e aos efeitos da decisão; b) Consolidação legal de entendimentos jurisprudenciais: o legislador brasileiro que disciplina assuntos processuais quase sempre adota construções da jurisprudência do STF em temas de controle abstrato. Assim sendo, mesmo em temas nos quais hoje se aplica a legislação processual própria, continua sendo adotada a jurisprudência positivada e consolidada. Em nossa terminologia, muitos casos de heterorreferência típica do STF são na verdade manifestações de autocriação; c) Falta de instância superior: a falta de instância que possa controlar e modificar as decisões do STF confere-lhes maior liberdade, inclusive na configuração dos aspectos processuais. Temos aqui um elemento típico da justiça constitucional que permite que se fale de autonomia processual, mesmo sabendo que há limitações constitucionais e legais; d) Liberdade de interpretação: a configuração processual autônoma realizada pelo STF se dá também com base na legislação que delega vasto poder ao julgador. Basta pensar na modulação dos efeitos da decisão final que depende de um juízo de oportunidade e não de uma subsunção de casos preestabelecidos. O problema surge quando a Corte Constitucional muda o conteúdo da norma estabelecida pelo Legislativo. Nesses casos deve ser questionado o limite de atuação judicial que transforma a discricionariedade em exercício arbitrário de poder”. LUNARDI, Soraya. *Teoria do processo constitucional: análise de sua autonomia, natureza e elementos*. São Paulo: Atlas, 2013, p.179.

²²⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 82-83: “Se é verdade, como demonstra a análise da jurisprudência do

No mais, embora o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não se limite à previsão de regras de organização da corte – enunciando algumas normas com eficácia externa –, tampouco se comporta como *a* fonte legislativa reguladora do processo constitucional brasileiro. A grande fonte de processo constitucional corresponde, ao fim e ao cabo, ao próprio Supremo Tribunal Federal, sendo no mínimo curioso o fato de a criação em matéria processual não receber a mesma atenção e número de críticas que a criação judicial *substantiva*. Talvez, “*justamente por isso, (seja) bastante eficiente e duradoura*”²²¹.

Em segundo lugar, a livre conformação do processo pelo Supremo Tribunal Federal esbarra em outra dificuldade: no próprio STF, já que a Corte tem vivido uma fase de liquidação de ativos institucionais. Para demonstrar o ponto, tome-se o episódio da guerra de liminares – sem previsão legal ou regimental – entre Ministros da Corte e seu Presidente em relação à autorização de concessão de entrevista pelo ex-Presidente Lula, antes das eleições presidenciais de 2018 (Rcl 32.035/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski e SL 1178, Rel. Min. Luiz Fux). Tudo começou com uma Reclamação dirigida ao STF para suspender a decisão judicial que, na origem, negara a concessão da entrevista. O Ministro Lewandowski, apreciando o pedido, entendeu que a decisão do juízo da execução penal configurava censura e determinou a realização da entrevista com fundamento na liberdade de expressão e de imprensa. Contra a decisão monocrática do Ministro Lewandowski, o Partido Novo apresentou pedido de suspensão de liminar à Corte, cuja competência para processo e julgamento é do Presidente.

Na qualidade de Vice-Presidente no exercício da Presidência, o Ministro Luiz Fux suspendeu os efeitos da decisão do Ministro Lewandowski até a apreciação do Plenário, proibindo a realização da entrevista. Em resposta à cassação de sua decisão monocrática por outro membro do Tribunal, o Ministro Lewandowski reafirmou a primeira decisão concessiva, *destacando o não cabimento de pedido de suspensão de liminar contra decisão de Ministro*

Supremo Tribunal Federal na vigência da atual Constituição, que as técnicas decisórias constantes da Lei Federal nº 9.868 já eram utilizadas antes da sua entrada em vigor, então o fundamento de legitimidade do manejo desses modelos processuais de decisão não parece repousar exatamente sobre a legislação infraconstitucional que regula a matéria. Também não se pode desprezar o fato de que, mesmo após a entrada em vigor da disciplina legal mencionada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem demonstrado que a diversificação das técnicas decisórias vai muito além da previsão legal. A construção de modelos decisórios desprovidos de fundamento legal (ao menos expressamente) reforça a impressão de que a criação de novos modelos decisórios não depende da autorização legislativa”.

²²¹ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 226.

do próprio STF. Registrou que a Lei 8.437/1992 e o Regimento Interno da Corte apenas permitem a suspensão da execução de decisões concessivas de liminar proferidas por tribunais *de segundo grau*, em única ou última instância, mas que as normas não se aplicam a decisões prolatadas pelos membros do próprio Supremo Tribunal Federal. Com efeito, não existe hierarquia jurisdicional entre os membros do STF e o seu Presidente, e a hipótese demonstra como a liberdade de conformação processual pode ser deturpada na prática, requerendo cuidados diários. Há riscos institucionais no reconhecimento da tese, mas o seu não reconhecimento não implicará no fim de sua utilização. A conscientização de sua existência só contribui para o aumento do controle sobre os limites de sua aplicação.

Soado o alerta, os dois casos descritos na introdução do presente tópico correspondem a exemplos da margem de conformação processual do Supremo. No primeiro caso, o STF admitiu o cabimento de *habeas corpus* de natureza coletiva, embora a Constituição não faça menção expressa à essa hipótese no art. 5º, LXVIII, da CF, como por exemplo o fez em relação ao *mandado de segurança* coletivo. No segundo, relativizou o requisito da *aderência estrita*, estabelecido pelo próprio Tribunal, para admitir reclamações propostas para garantia do direito à liberdade de expressão. Os casos criam ou afastam normas e entendimentos processuais para garantir uma maior efetividade da tutela de direitos, a partir de uma leitura teleológico-sistemática da Constituição, embora não sejam propriamente fruto de interpretação – porque inexistente a norma de cabimento. Tratam-se de exemplos que se enquadram com perfeição à ideia de livre conformação processual das Cortes Constitucionais, realizados mediante a técnica da integração conforme à Constituição, objeto de estudo em item específico.

É também a margem de apreciação do processo constitucional que justifica o afastamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do *princípio da congruência ou adstrição* entre o pedido e a decisão nos processos de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos. Pela norma do art. 492 do CPC²²², aos magistrados é vedado decidir além do pedido (*ultra petita*), ou diferentemente do que foi demandado (*extra petita*). Apesar de conhecer exceções estabelecidas pela própria teoria processualista, como o reconhecimento de

²²² Art. 492, Código de Processo Civil: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Registre-se que a doutrina processualista já começa a questionar a relativização do princípio da congruência em razão do reconhecimento de um maior subjetivismo do juiz, por exemplo, na norma do art. 322, §2º, CPC: “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.

pedidos implícitos, a fungibilidade entre as ações possessórias, ou a possibilidade de concessão de tutela diversa da pretendida nas obrigações de fazer, a congruência é a regra clássica do processo civil. No âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro seu afastamento não é incomum, embora não seja objeto de fundamentação específica pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro exemplo refere-se às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade por *arrastamento* e de declaração de inconstitucionalidade *por reverberação normativa*. Se é certo que a jurisprudência do Tribunal exige a formulação de pedido específico de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, já que a presença de pedido genérico é causa de não conhecimento da ação de controle abstrato de constitucionalidade; uma vez admitida a ação e analisado o pedido constante da petição inicial, o Supremo Tribunal Federal pode reconhecer a *relação de dependência normativa* entre a lei objeto do pedido expresso de inconstitucionalidade (Lei A) e uma outra lei²²³ (Lei B), que seria inconstitucional por decorrência lógica. Assim, embora não tenha havido pedido expresso de declaração de inconstitucionalidade da Lei B, ele decorre de uma relação de *dependência normativa* da Lei B com a Lei A, sobre a qual inicialmente recaiu o pedido de declaração de inconstitucionalidade, autorizando-se a extensão da declaração de inconstitucionalidade também para a lei B, *por atração*, ou *por arrastamento*. O mesmo ocorre em relação a dispositivos da mesma lei sobre a qual recai o pedido de inconstitucionalidade, ainda que não expressamente atacados na inicial. Considerando a livre conformação processual, o STF pode também reconhecer a inconstitucionalidade dos artigos *d*, *e*, e *f* da Lei A, embora na petição inicial o pedido tenha sido formulado apenas em relação aos artigos *a*, *b* e *c* da mesma Lei A. Essa hipótese refere-se à declaração de inconstitucionalidade por reverberação normativa, que também se insere no contexto de relativização do princípio da congruência pelo Supremo Tribunal Federal.

A orientação jurisprudencial segundo a qual a causa de pedir das ações de controle abstrato é *aberta*, a significar que seu julgamento independe da *causa petendi* indicada na petição inicial²²⁴, também corresponde a exemplo da livre conformação processual em

²²³ O STF já admitiu, inclusive, a declaração de inconstitucionalidade de decretos regulamentares por arrastamento, por necessidade de proteção do sistema normativo.

²²⁴ STF, Plenário, ADI 1896-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 18/02/1999, p. 28/05/1999, cujo trecho da ementa se reproduz: "(...) 2. É da jurisprudência do Plenário, o entendimento de que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, seu julgamento independe da "causa petendi" formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, arguição de

matéria de controle de constitucionalidade. Embora aqui não haja relativização ou afastamento do princípio da congruência – uma vez que se trata de causa de pedir, e não de pedido – ao Supremo Tribunal Federal também é legítimo reconhecer a inconstitucionalidade formulada na petição inicial por fundamento distinto daquele apontado pelo requerente, já que o objetivo finalístico do controle é a guarda da Constituição e da higidez do sistema. Mesmo que a parte formule pedido de declaração de inconstitucionalidade *formal* da norma, por exemplo, a Corte pode afastar a inconstitucionalidade formal e reconhecer, em seu lugar, a inconstitucionalidade *material*.

No que toca especificamente ao objeto do presente estudo, o ex-Presidente do Tribunal Constitucional do Perú, Professor Cesar Landa, afirmou que o *estabelecimento dos tipos de sentença de inconstitucionalidade é talvez a expressão mais acabada* da livre conformação processual das Cortes Constitucionais²²⁵. Se assim não fosse, a finalidade de guarda da Constituição, a supremacia das normas constitucionais, a máxima efetividade de seus dispositivos, as competências constitucionais atribuídas ao Supremo Tribunal Federal – ou, a rigor, a própria higidez do sistema constitucional – poderiam estar em risco, já que a alternativa contrária corresponderia a limitar suas decisões à tipologia categorizada pela doutrina e parcialmente refletida na Lei n. 9.868/1999, que já não representam a prática do Supremo Tribunal Federal.

A insuficiência das técnicas interpretativas de decisão e a necessidade de ampliação do arsenal técnico-decisório já foram percebidas pelo Supremo Tribunal Federal e por membros da academia, que deram respostas diferentes ao problema. Em geral, o STF insere suas decisões criativas na categoria da “interpretação conforme à Constituição”, em postura de insinceridade normativa. A doutrina, criticando a inadequação realizada pelo Tribunal, indica a adoção das sentenças manipulativas oriundas do direito italiano como solução para o problema. Apresento uma proposta distinta, pelas razões que serão objeto do próximo capítulo.

inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor. 3. É de se presumir, então, que, no precedente, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual argüição de inconstitucionalidade, inclusive os apresentados na inicial da presente Ação”.

²²⁵ Embora o autor se refira, tal como a jurisprudência alemã, a *autonomia processual*. LANDA, César. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, 2009, p. 300. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/3875/3407>. Acesso em 12 jun. 2018.

2 NOVAS TÉCNICAS DE DECISÃO PARA A FISCALIZAÇÃO DAS NORMAS E DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO: INFERÊNCIA CONSTITUCIONAL E INTEGRAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

No capítulo anterior se viu que a atuação do Supremo Tribunal Federal na criação de novas técnicas decisórias está inserida em um fenômeno maior e mundialmente verificado, referente à atuação normativa das cortes constitucionais – tanto em relação ao conteúdo de suas decisões, como em relação à forma pela qual tais decisões são exteriorizadas. A ênfase desse trabalho, como já destacado, se encontra na atuação criativa *do Supremo Tribunal Federal*, que se justifica tanto em razão do texto da Constituição de 1988, do desenho institucional do STF, e do comportamento judicial de seus Ministros. Os fundamentos para a sua atuação criativa, como estudado nos itens anteriores, correspondem (i) à missão dos tribunais constitucionais de tutela dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático, e (ii) à livre conformação processual das supremas cortes para formatarem suas decisões, desde que o invólucro processual seja proporcional e suficiente para a realização da sua missão, e desde que observados limites democrático-institucionais.

Identificado o problema, o objetivo do presente capítulo é apresentar e criticar as respostas que foram apresentadas pelo próprio STF ou pela doutrina para a conformação da atuação criativa do Supremo Tribunal Federal. Demonstrada a impropriedade e a insuficiência dessas respostas, uma nova proposta de sistematização será ao final apresentada.

2.1 Delimitando o problema: o esgotamento das categorias clássicas de decisão em controle de constitucionalidade e as soluções oferecidas pelo STF e pela doutrina

O estudo da jurisprudência referente à formatação das decisões do Supremo e ao seu conteúdo demonstra que as técnicas de decisão em controle de constitucionalidade não se limitam às respostas até então conhecidas pela doutrina e parcialmente refletidas na Lei nº. 9.868/1999, pensadas para conformar um cenário mais restrito de controle (o controle de normas) e menos concretista. O conhecimento clássico em matéria técnico-decisória do STF, ainda que com algumas variações, envolve:

(I) *quanto à declaração de constitucionalidade*

- a) declaração pura e simples de constitucionalidade (rejeição do pedido de declaração de inconstitucionalidade);
- b) declaração de (ainda) constitucionalidade da norma, ou de trânsito para a inconstitucionalidade, com ou sem apelo ao legislador

(II) *quanto à declaração de inconstitucionalidade*

- a) declaração pura e simples de inconstitucionalidade (acolhimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade);
- b) declaração de inconstitucionalidade parcial mediante interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto;
- c) declaração de inconstitucionalidade parcial mediante interpretação conforme à Constituição, com redução de texto;
- d) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, com ou sem apelo ao legislador;
- e) declaração de inconstitucionalidade parcial com redução de texto;
- f) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade;
- g) declaração de inconstitucionalidade (total ou parcial) com modulação temporal de efeitos

Fato é que muitos julgados do Supremo Tribunal Federal transbordam o quadro acima. Diante da ausência de categoria específica à disposição, que traduza com exatidão os contornos da decisão proferida, o tribunal acaba pegando carona em veículo diverso. Muitas vezes invoca o nome de uma das técnicas existentes, sem porém observar sua natureza e seus limites. Os julgamentos relacionados (i) ao reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar²²⁶, (ii) ao estabelecimento do direito de greve para servidores públicos, concretizando-se o disposto no art. 37, X, da CF²²⁷; e (iii) à equiparação dos regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, heterossexuais ou homoafetivos, em razão da igualdade²²⁸, são apenas alguns exemplos desse fenômeno.

Ao serem identificados como desviantes das categorias clássicas de decisão utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, esses e outros precedentes foram carimbados como exemplos

²²⁶ STF, Plenário, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, p. 14.10.2011.

²²⁷ STF, Plenário, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, MI 670, Rel. Min. Rosa Weber e MI 712, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.10.2007, p. 31.10.2008.

²²⁸ STF, Plenário, RE 646.721, Red. para acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, p. 11.09.2017.

de ativismo judicial. O raciocínio realizado pelos críticos de plantão é quase linear: se a decisão não se enquadra em técnica conhecida, nem pode ser explicada por dogmas ou pela doutrina clássica, é logo apontada como ativista e ilegítima. Assim também ocorreu com as decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas a nepotismo²²⁹, fidelidade partidária²³⁰ e Raposa Serra do Sol²³¹. Se é certo que *todos* esses precedentes referem-se a técnicas de decisão ainda desconhecidas do grande público e carecedoras de um nome de batismo pelo Supremo Tribunal Federal, também é certo que nem todos são inconstitucionais ou ilegítimos. O limite está no texto da Constituição e em sua interpretação sistemático-teleológica.

A insuficiência das categorias clássicas de decisão para sistematizar as decisões do Supremo Tribunal Federal não é um problema novo. Mas a chave para decifrá-lo ainda carece ser desenhada. E envolve uma solução que seja (i) compatível com o sistema *brasileiro* de controle de constitucionalidade e, ao mesmo tempo, (ii) capaz de ser operada na prática, uma vez que categorizações só fazem sentido se dotadas de funcionalidade. Quanto ao primeiro aspecto, as soluções inspiradas na doutrina estrangeira nem sempre levam em consideração os *pressupostos* dos sistemas jurídicos de origem para a configuração das novas técnicas de decisão, o que resulta em categorias que, a despeito de seu valor jurídico comparado, nem sempre se ajustam à jurisdição constitucional brasileira. Em relação à funcionalidade, o estudo aponta para classificações sem nenhuma uniformidade, que na maioria das vezes mais confunde que auxilia a organização das ideias.

Países como Itália, Alemanha e Portugal conhecem decisões similares por nomes diferentes e, a depender da matriz teórica sobre a qual o estudioso brasileiro realiza seu trabalho, a *nomenclatura* do país de origem é reproduzida no Brasil, sem maiores questionamentos sobre a indicação ou a compatibilidade do transplante. O resultado é um caótico emaranhado de nomes diversos para designar o mesmo tipo de decisão ou, ainda mais desanimador, nomes iguais para diferentes tipos de decisão. Para completar o cenário, ante à inexistência de *parâmetros* para a realização da atividade legislativa positiva pelo Supremo Tribunal Federal, a fundamentação de muitos dos julgados da Corte ou não se adequa ao tipo de decisão efetivamente proferida, ou recorre a dogmas oxidados como o do legislador negativo ou a “princípios” como o da nulidade da lei inconstitucional, o que gera prejuízos em

²²⁹ STF, Plenário, ADC 12, Rel. Min. Ayres Britto, j. 20.08.2008, p. 18.12.2009.

²³⁰ STF, Plenário, MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04.10.2007, p. 03.10.2008.

²³¹ STF, Plenário, PET 3.388, Rel. atual Min. Luís Roberto Barroso, j. 19.03.2009, p. 01.07.2010.

matéria de fundamentação das decisões. A sistematização de uma tipologia funcional das novas técnicas de decisão, o ajuste de seus pressupostos ao direito constitucional brasileiro, e o estabelecimento de parâmetros é, por isso, um desafio e uma necessidade.

2.1.1 A solução envergonhada do STF: a pseudo-intepretação conforme à Constituição

A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é uma das principais técnicas de decisão empregadas pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com a noção difundida no direito constitucional brasileiro, tem-se interpretação da lei em conformidade com a Constituição toda vez que se estiver diante de normas plurissignificativas, ou com mais de um significado possível²³², (i) entre os quais apenas um – ou alguns – são compatíveis com o texto constitucional; ou (ii) em que nenhuma das interpretações possíveis são inconstitucionais. Em ambas as hipóteses, o texto da lei não sofre abalos.

A técnica da intepretação conforme à Constituição foi sugerida pelo Ministro Moreira Alves a partir do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, porém com expressa menção de que o seu acolhimento não afrontaria o dogma do legislador negativo²³³, pois se limita a uma técnica *interpretativa*. Ou, no limite, se envolver a manipulação do conteúdo da norma, essa manipulação seria admitida por possuir tão somente um conteúdo redutivo – hipótese em que o Supremo Tribunal Federal tem equiparado a intepretação conforme à Constituição à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

²³² A propósito, confira-se parte do voto do Ministro Menezes Direito na ADI 3.510, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.05.2008, p. 28.05.2010 que discutia a possibilidade de realização de pesquisas com células tronco embrionárias: “Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da ‘intepretação conforme à Constituição’, porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade”.

²³³ Destaco o seguinte trecho do voto do Ministro Moreira Alves, Relator da Representação 1.451, Plenário, j. 25.05.1988, p. 24.06.1988: “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo (...). O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto – *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria uma norma nova”.

Mas o fundamento para o emprego da interpretação conforme à Constituição não se encontra apenas na presunção da constitucionalidade das leis²³⁴, ou no “princípio” da conservação das normas²³⁵, mas também na necessidade de interpretação sistemático-teleológica da Constituição e na ausência de competência do STF para a declaração de inconstitucionalidade quando da norma se pode extrair um significado possível e conforme à Constituição. A *interpretação conforme* visa a garantir a unidade e a supremacia hierárquico-normativa da Constituição.

Ocorre que a doutrina começou a identificar que a técnica, ontologicamente interpretativa, estaria servindo para ampliar ou modificar o conteúdo da lei, não se limitando à determinação do sentido e do alcance da norma. O que se acompanha na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é sintomático da assunção do papel criativo da Corte: a invocação da técnica da interpretação conforme como tentativa de ocultar decisões de cunho fortemente criativo, como ocorreu no já referido julgamento da ADI 3.324, Rel. Min. Marco Aurélio, que inseriu no texto da Lei nº 9.536/1997 o requisito da congneridade das instituições de ensino. A norma garantia ao servidor público removido *ex officio* (no interesse da Administração) para localidade diversa, o direito de transferência “entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga”.

Embora a lei não restringisse o exercício do direito à congneridade das instituições, o STF estabeleceu que a *interpretação do dispositivo em conformidade com a Constituição* “pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congneridade das instituições envolvidas – de privada para privada, de pública para pública –, mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem – de privada para pública”. No caso, o STF utilizou a técnica da interpretação conforme à Constituição para extrair do programa normativo um *conteúdo* que dele não decorre explícita ou implicitamente, embora possa ser construído a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional. A Corte faz uso de uma pseudo-interpretção conforme à Constituição para não discutir os

²³⁴ “(A) presunção de constitucionalidade das leis dificilmente consegue explicar a admissibilidade de uma interpretação do Direito ordinário anterior em conformidade com a nova Constituição (ou, em geral, a legitimidade do apelo à Constituição em sede interpretativa para evitar um juízo de inconstitucionalidade superveniente”. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 292.

²³⁵ Não faria sentido utilizar esse fundamento quando não se estivesse diante de uma situação de inconstitucionalidade: “(O) recurso à interpretação conforme à Constituição também se justifica nos casos em que nenhuma das interpretações possíveis da lei conduz à sua inconstitucionalidade”. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 294.

limites das suas decisões e para não reconhecer publicamente que o dogma do legislador negativo está há muito superado²³⁶. Outro exemplo representativo da ampliação do programa normativo para além da interpretação conforme, com subversão técnico-decisória, refere-se ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da relatoria do Ministro Ayres Britto). Embora sem desrespeito à Constituição, o STF ampliou o comando do art. 226, § 3º, da CF a grupos não inseridos *explícita ou implicitamente* no texto, em solução que não se pode configurar como interpretação conforme à Constituição (nem como aditiva, como se verá adiante).

Mas se é certo que tais decisões não podem ser classificadas como meramente interpretativas e não se adequam à descrição da técnica da interpretação conforme à Constituição, também é certo que correspondem a decisões *legítimas* do Supremo Tribunal Federal. A questão, como já se destacou, não é *se* o STF normatiza ou não, mas *quando, como e por que* o faz²³⁷. O limite da interpretação conforme à Constituição não está no texto literal da lei – ou na vontade do legislador²³⁸ –, mas no conjunto formado por todas as possibilidades que decorrem da interpretação do alcance e do sentido da norma, sejam eles explícitos *ou implícitos*. O que extravasar essas fronteiras, ou seja, o que não decorrer explícita ou

²³⁶ Às vezes se notam arroubos de sinceridade normativa: “Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. No recente julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei”. Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.12.2006, p. 30.03.2007.

²³⁷ “(A)o contrário do que a doutrina e a jurisprudência insistem em negar, a interpretação conforme a constituição implica, excetuando-se casos mais banais, uma possibilidade de alteração no sentido da lei, principalmente quando se tenta ir além do que o próprio texto dispõe. É claro que, de certa forma, sempre que um aplicador do direito interpreta um dispositivo legal, estará ele atribuindo um significado à lei, um sentido que pode não ser o sentido que a maioria parlamentar, ao aprovar a lei, imaginava. Isso, em si, não é *problemático* – a não ser para aqueles que acham que interpretar a lei é tentar encontrar a vontade do legislador. *Problemático* é tentar esconder esse fato recorrendo a uma pretensa interpretação conforme a constituição”. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan-jun 2006, p. 203-204.

²³⁸ A afirmativa é necessária para afastar conclusões como a que chegou o Ministro Moreira Alves na Representação 1.417, de que foi Relator, e que consta da ementa do julgado: “Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o poder legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo”. STF, Plenário, Rp 1.417, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1987, p. 15.04.1988.

implicitamente da norma, não será automaticamente ilegítimo: pode ou não ser compatível com a Constituição. Mas não será exemplo de interpretação conforme à Constituição²³⁹.

O importante é registrar que essas decisões ultrapassam a ideia prevalente²⁴⁰ de interpretação conforme e precisam de uma resposta processual adequada, inclusive porque a subversão da técnica impede a construção de limites específicos para uma e outra hipóteses, e o seu controle posterior. O Supremo Tribunal Federal já exerce o papel criativo como qualquer outra corte constitucional, mas lhe falta empregar o referencial compatível com o conteúdo das decisões que vem proferindo. O diagnóstico atual é que, na ausência desse arsenal processual próprio, utiliza-se o que mais próximo se tem à disposição. O prognóstico virá mais adiante. A questão não é apenas de insinceridade normativa e de resistência à superação do dogma do legislador negativo, mas de esgotamento das técnicas de decisão categorizadas pela doutrina, somadas à incompletude das novas técnicas identificadas pelo direito comparado. As sentenças manipulativas respondem à parte do problema, mas são insuficientes para conformar o projeto transformador trazido pela Constituição de 1988.

2.1.2 A solução parcial da doutrina: as sentenças manipulativas

As sentenças manipulativas aportaram com força no Brasil. Nos últimos anos, vários doutrinadores dedicaram tempo e energia para decifrar o conjunto de novos tipos de decisão que teriam surgido na Itália²⁴¹ e se espreado para países como Alemanha²⁴², Portugal²⁴³ e

²³⁹ Discordo, portanto, da afirmação do Ministro Gilmar Mendes em voto proferido no julgamento conjunto da ADI 1.351 e da ADI 1.354, Rel. Min. Marco Aurélio, j.07.12.2006, p.30.03.2007, em que o STF declarou a inconstitucionalidade da cláusula de barreira criada pela Lei n.º 9.096/1995: “A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, *muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto*” (grifo acrescentado).

²⁴⁰ Há quem defenda que a técnica da interpretação conforme à Constituição constitui meio adequado de adoção de sentenças aditivas – que, por isso, encontrariam fundamento na Lei n.º 9.868/1999: “a sentença aditiva é subespécie de decisão manipuladora e pode ocorrer na interpretação conforme, prevista textualmente no art. 28, Lei 9.868/1999. O mencionado artigo não se refere expressamente às sentenças aditivas, o que não impede o seu manejo pelos tribunais, mesmo porque ‘abre-se o caminho’ via interpretação conforme”. PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 147.

²⁴¹ “A jurisprudência da Corte Costituzionale é o berço das sentenças que declaram a inconstitucionalidade parcial qualitativa dos preceitos”. LOPES, Pedro Moniz. Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa: análise de enunciados constitucionais de preferência. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-*

Espanha, na tentativa de encontrarem resposta para a criação técnico-decisória do Supremo Tribunal Federal²⁴⁴. A questão não é tratada de maneira uníssona no Brasil, mas dois pontos

brasileiros de direito público. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 522. Referindo-se à Itália, Lúcio Pegorado pontua a diversificação das técnicas decisórias da corte constitucional: “en el curso de los años, ha dado vida a numerosos pronunciamientos – según los casos sentencias u ordenanzas – que la doctrina ha classificado en várias categorías, dentro de las tipologias más amplias representadas por las decisiones estimatorias y desestimatorias, y por los pronunciamientos ‘procesales’ y ‘substanciales’: en los juicios en vía incidental, decisiones por falta de fundamento, interpretativas de falta de fundamento, manifestamente infundadas, aditivas, manipulativas, aditivas ‘di principio’, etc.” PEGORADO, Lúcio. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 118

²⁴² O Tribunal Constitucional Federal Alemão, todavia, tem refreado quanto ao uso de decisões com efeitos aditivos e dado preferência à declaração de incompatibilidade: “Registrando-se silêncios discriminatórios de categorias de pessoas, entende a doutrina que o regime da nulidade não resolveria o problema pois implicaria a desapareção do regime para os cidadãos que fossem destinatários do benefício infundado, criando outro tipo de sacrifícios desnecessários. Daí que, nestas circunstâncias, o Tribunal Constitucional opte pela figura da declaração de incompatibilidade sem a sanção de nulidade a qual concede ao legislador oportunidade para corrigir a situação, mantendo-se, até lá, a norma inconstitucional no ordenamento, sem prejuízo de existir uma proibição da sua aplicação pelos tribunais, proibição que obnubila em parte o finalismo do instituto”. MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 31. Lúcio Pegorado, em seu estudo de direito comparado, nem mesmo registra as sentenças manipulativas entre aquelas mais presentes na jurisprudência do tribunal alemão: “El Tribunal alemán, junto a las sentencias de conformidad con la Constitución y a aquéllas interpretativas de conformidad, ha elaborado las sentencias de conformidad con apelación al legislador, las sentencias de nulidad parcial, y sobre todo aquellas de incompatibilidad – con las cuales los jueces constitucionales se dirigen al legislador y a los órganos administrativos y jurisdiccionales con indicaciones sobre la aplicación o inaplicación de la ley – además de los fallos de mera inconstitucionalidad, que no están acompañados de una declaración de nulidad de la ley hasta la intervención del legislador”. PEGORADO, Lúcio. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 118-119.

²⁴³ “São sentenças manipulativas na ordem constitucional portuguesa, as: i) decisões que modulam a sua eficácia temporal bem como a do direito que é objeto do respectivo julgamento (n. 4 do art. 282 da CR); ii) decisões interpretativas condicionais (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, as de rejeição); iii) decisões com efeitos aditivos”. MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 17. Por sua vez, as sentenças com efeitos aditivos são divididas pelo autor em “i) sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos; ii) sentenças aditivas em sentido estrito; iii) sentenças aditivas de princípio e iv) sentenças substitutivas”. MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 38.

²⁴⁴ Ver, por exemplo, BRUST, Léo. *A tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014; PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2017; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1454-1481; SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 159-194; GONÇALVES, Gabriel Accioly, *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*, 2016; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. *Revista de Processo*, v. 246, ago. 2015, p. 403-427; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016; MEYER, Emílio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional*:

costumam se destacar na análise do gênero representado pelas *sentenças manipulativas* do direito comparado: (i) sentenças manipulativas são aquelas que se contrapõem às sentenças interpretativas²⁴⁵; e (ii) podem ser divididas em três ou quatro tipos: aditivas, aditivas de princípio, substitutivas e redutivas.

A ideia adjacente à “manipulação” corresponde, exatamente, à criação judicial para além das possibilidades do enunciado normativo²⁴⁶, apesar de o texto permanecer intacto. Seria *contra legem*, porém *secundum constitutionem*²⁴⁷. Em síntese, se a decisão não se restringe a interpretar determinado dispositivo – indicando-lhe o sentido e alcance –, e se de alguma forma inova o ordenamento jurídico, será qualificada como manipulativa. As demais, por exclusão, são interpretativas. Se do enunciado normativo não se puder extrair *diretamente* (de forma explícita ou implícita) o conteúdo representado pela decisão – seja ele aditivo ou substitutivo –, e se a introdução desse mesmo conteúdo for necessária para que a norma seja considerada compatível com a Constituição, a criação do tribunal é válida – embora manipulativa. A grande questão não está na qualidade das decisões, mas na quantidade de atividade criadora²⁴⁸, e na necessidade de sua recondução ao texto constitucional.

O rigor da teoria constitucional clássica acabou incentivando a gênese de decisões manipulativas: o acolhimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma, em geral com pronúncia de nulidade e eficácia retroativa, somada à regra geral de que não há

críticas às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 15-113.

²⁴⁵ Há autores que defendem que as decisões manipulativas seriam espécies de decisões *intermediárias* da justiça constitucional, por se encontrarem entre os extremos representados pelas decisões-padrão, de acolhimento ou de rejeição do pedido de inconstitucionalidade. Em verdade, as manipulativas estão *além* da rejeição ou do acolhimento do pedido de inconstitucionalidade, na medida em que importam uma criação judicial. O uso do termo “decisões intermediárias” para situar as decisões manipulativas é, por isso, impróprio. Devo essa observação ao meu orientador e amigo, Professor Daniel Sarmento.

²⁴⁶ De acordo com Gustavo Zagrebelsky, “(a)veriguada a procedência da questão de legitimidade constitucional, com as decisões manipulativas a Corte declara a ilegitimidade da lei redefinindo de vários modos seu conteúdo normativo, razão pela qual a lei sai do controle de constitucionalidade não interpretada, mas modificada (‘manipulada’) segundo o que a Constituição requer” (tradução livre). ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2018, p. 230. No original: “Accertata la fondatezza della questione di legittimità costituzionale, con le decisioni manipolative la Corte dichiara l’illegittimità della legge ridefinendone in vario modo la portata normativa: onde la legge esce dal controllo di costituzionalità non interpretata, ma modificata (‘manipolata’) secondo ciò che la Costituzione richiede”.

²⁴⁷ CAMPO, Javier Jiménez. La declaración de inconstitucionalidad de la ley. In: LLORENTE, Francisco Rubio e CAMPO, Javier Jiménez. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 131.

²⁴⁸ PEGORADO, Lúcio. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 118.

represtinação do direito anterior, muitas vezes acarretava o surgimento de vácuo normativo ainda mais inconstitucional, violador de direitos fundamentais e de interesses constitucionalmente protegidos. A um tribunal constitucional, guardião da Constituição, não seria legítimo – nem esperado – criar situações inconstitucionais, ou mesmo ignorá-las. Não por acaso as sentenças manipulativas tem origem na Itália: ante a inércia do legislativo em aprovar leis infraconstitucionais compatíveis com a Constituição de 1947; a extirpação da herança legislativa fascista demandou da Corte Constitucional, recém-criada pela Constituição e instalada apenas em 1956, uma sinalização positiva, uma atividade criativa, uma atuação a favor da Constituição e da ruptura com o passado totalitário²⁴⁹.

Nesse contexto, as decisões manipulativas em geral, e as aditivas em particular, encontram fundamento no princípio da segurança jurídica²⁵⁰, no princípio da igualdade²⁵¹, e no princípio da supremacia da Constituição²⁵². Embora alguns também apontem como fundamento dessas decisões a busca pela “vontade do legislador”²⁵³, além de não ser possível

²⁴⁹ MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2007. p. 35. Augusto de la Vega aponta que entre 1980 e 1987 as decisões aditivas correspondiam a mais de 55% (cinquenta e cinco por cento) das decisões da Corte Constitucional Italiana. VEGA, Augusto Martín de la. *La sentencia constitucional en Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 223-225.

²⁵⁰ “No plano teleológico, verifica-se que todas as decisões manipulativas de acolhimento procuram temperar ou moderar, à luz do princípio da segurança jurídica, o rigor dos efeitos absolutos que resultariam da declaração simples de nulidade de uma norma”. MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 18.

²⁵¹ “Imperativos de aproveitamento dos actos e, sobretudo, de tutela dos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade conduziram a operações interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinadas não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas também a ‘consertá-la’ no tecido normativo, através da prolação de uma decisão aditiva”. MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 25.

²⁵² “(L)a Corte non crea, essa, liberamente (como farebbe il legislatore) la norma, ma si limita a individuare quella – già implicata nel sistema, e magari addirittura ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali di cui ha fatto applicazione – mediante la quale riempire immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia, così conferendo alla pronuncia adottata capacità autoapplicativa. Una legislazione, se proprio così vuol dirsi (ma descrittivamente) ‘a rime obbligate’, dunque, como altre volte abbiamo avuto occasione di rilevare, che, per ciò solo, vera legislazione non è”. Tradução livre: (A) Corte não cria, livremente (como faz o legislador), a norma, mas limita-se a identificar aquela - já envolvida no sistema, e talvez até mesmo obtida a partir das disposições constitucionais que aplicou - para preencher a lacuna imediatamente. CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale, II – L’ordinamento costituzionale italiano*. Padova: CEDAM, 1984, p. 407-408.

²⁵³ REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 215.

determinar o que o legislador teria feito caso tivesse previsto a inconstitucionalidade²⁵⁴, não faria sentido prestigiar a vontade do legislador de regimes totalitários e fascistas.

A doutrina brasileira, ainda que sem uniformidade, aponta como espécies do gênero *decisões manipulativas* as decisões (i) aditivas; (ii) substitutivas; (iii) redutivas e (iv) aditivas de princípio²⁵⁵. Gabriel Accioly sustenta que a técnica aditiva tem por finalidade “o atrelamento ao significado jurídico de um texto, de norma que não possa ser deste extraída interpretativamente, de forma a sanar uma inconstitucionalidade existente em momento anterior à prolação da decisão”²⁵⁶. O diferencial das sentenças aditivas, como aponta Ademar Borges, “decorre da solução dada pelo Tribunal por meio da adição de norma jurídica não contida no texto legislativo, corrigindo-o ou reparando-o com o objetivo de superar o estado de inconstitucionalidade”²⁵⁷.

Nesse sentido, a espécie representada pelas *sentenças aditivas* se aproxima – e quase coincide – com o seu gênero, o que acontece em razão de mero reflexo da doutrina italiana, que em regra associa decisões manipulativas (gênero) a decisões de conteúdo aditivo (espécie). Isso ocorre tanto porque as aditivas são a principal espécie de decisões manipulativas, como também as mais conhecidas. Mas espécie e gênero não se confundem²⁵⁸.

²⁵⁴ “O verdadeiro limite do critério da vontade presumível do legislador centra-se no facto de fazer referência a uma hipotética vontade do legislador que não pode ser regularmente determinada. Não se esqueça que não há aqui qualquer espaço para a indagação da vontade do legislador em sentido psicológico. Por isso à semelhança do que defendemos a propósito da redução da lei inconstitucional, mais do que falar em vontade hipotética do legislador, há que apelar aos elementos objetivos disponíveis (v.g. história do aparecimento do preceito, natureza excepcional ou geral da medida em causa ou – caso se admita a sanção de leis inconstitucionais – sentido das leis posteriores que versem sobre o mesmo ou idêntico problema). Ora, em regra, tais elementos não permitem extrair, com segurança, aquilo que o legislador teria feito, caso tivesse previsto a inconstitucionalidade”. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 502-503.

²⁵⁵ O que não reflete a subdivisão majoritária na Itália, que divide as decisões manipulativas em (i) sentenças interpretativas de acolhimento parcial ou redutivas (ou manipulativas em sentido estrito); (ii) sentenças aditivas; e (iii) sentenças substitutivas. V. ZAGREBELSKY, Gustavo e MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2018, p. 230-233.

²⁵⁶ GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 206.

²⁵⁷ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 108-109.

²⁵⁸ O jurista Francisco Díaz Revorio identifica três elementos indispensáveis à classificação de uma decisão como aditiva: (i) tem por objeto texto em relação ao qual falta ‘algo’ para que seja considerado compatível com a Constituição; (ii) a disposição faltante não decorre diretamente do texto impugnado; e (iii) o resultado da indicação dessa disposição faltante para que o texto seja considerado constitucional amplia o conteúdo normativo do preceito impugnado. REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 165.

As sentenças *aditivas* se caracterizam por dois comandos: (i) *uma parte ablativa*, que retira a inconstitucionalidade do ordenamento, com a invalidação da omissão parcial – ou seja, daquela parte da norma que *deixa de prever algo*; e (ii) *uma parte restaurativa*, que constrói e insere no ordenamento o conteúdo necessário para evitar vazios inconstitucionais e compatibilizar a norma (antes omissa) com a Constituição. O mais citado exemplo de sentença aditiva no direito brasileiro corresponde à já referida ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal criou uma hipótese de excludente de tipicidade do crime de aborto, ao reconhecer que a interrupção terapêutica do parto no caso de gravidez de fetos anencefálicos não se encontra tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal.

As decisões aditivas, por sua vez, se subdividiriam em *aditivas de garantia* (envolve direitos negativos, com ampliação do dever de abstenção do Estado) e *aditivas de prestação* (tem por objeto a criação judicial em matéria de direitos positivos, gerando obrigações estatais de dar ou de fazer)²⁵⁹. As *aditivas de princípio*, embora nomeadas como “aditivas”, possuem autonomia suficiente para configurar uma nova espécie de decisão manipulativa, e não uma subespécie de aditivas. O quadro classificatório é mesmo desolador, como se explorará no próximo item. De toda forma, as *aditivas de princípio* foram pensadas como solução para a resistência de juízes e tribunais infraconstitucionais italianos em aplicar o conteúdo inserido no ordenamento pelas decisões aditivas da Corte Constitucional, o que passa pela polémica do *diritto vivente*²⁶⁰: entendeu-se, no contexto das decisões aditivas, que a produção de efeitos

²⁵⁹ Ver PANZERA, Claudio. *Interpretare, manipolare, combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della corte costituzionale*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 125.

²⁶⁰ O “direito vivente” pode ser entendido como o direito comumente aplicado pelos juízes e tribunais italianos. “A lógica de fundo da doutrina do *diritto vivente* significa que, em sede de fiscalização da constitucionalidade, uma hipotética interpretação da lei conforme à Constituição *deve* recuar perante uma consolidada (‘vivente’) aplicação inconstitucional”. PUGIOTTO, Andrea. *Sindacato di Costituzionalità e “Diritto Vivente”*: genesi, uso, implicazioni. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 157-158. Ou seja: no caso de “direito vivente” inconstitucional, o juiz deveria submeter a questão constitucional ao tribunal constitucional, o que limitava substancialmente o campo de adoção da interpretação conforme à Constituição. Se, por outro lado, o direito vivente fosse (até então) constitucional, o Tribunal Constitucional deveria limitar-se a declarar como válida a solução (constitucional) do direito vivente, ao invés de atribuir-lhe sua própria interpretação. Foi para afastar uma norma hipotética (inconstitucional) decorrente da aplicação do direito vivente que a Corte Costituzionale, sem poder aplicar a interpretação conforme à Constituição (sentenças interpretativas de rejeição), proferiu a primeira sentença manipulativa (sentença de inconstitucionalidade parcial qualitativa): a célebre Sentença n. 26, de 1961, que garantiu o ingresso do advogado ao interrogatório do réu. Sobre as fases de aplicação da teoria do *diritto vivente* e sua atual compreensão, ver SALVATO, Luigi. Profilli del “diritto vivente” nella giurisprudenza costituzionale. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf. Acesso em 4 nov. 2018.

vinculantes das sentenças de criação proferidas pelo tribunal constitucional *feria a independência dos juízes e tribunais ordinários*²⁶¹.

Para evitar questionamentos dentro do próprio Judiciário, a Corte Constitucional Italiana, desde a década de 80, passou a dar preferência a decisões de declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial (fase ablativa) sem avançar para a fase restaurativa: “*em substituição à lacuna gerada pela decisão, (a Corte Constitucional) identifica um princípio ou uma diretriz a orientar o legislador na elaboração da lei ou o juiz a quo na decisão do caso concreto*”²⁶². Aqui não existe, propriamente, “adição” judicial: a corte não integra o vazio normativo, mas clama o legislador a fazê-lo a partir do princípio ou diretriz constitucional que entende aplicável à hipótese, que também deverá ser utilizado como norteador da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias ao decidirem os casos submetidos à sua jurisdição. A adição propriamente dita será realizada *pelo Parlamento*, seguindo a diretriz traçada pelo tribunal constitucional. Nesse sentido, as aditivas de princípio funcionam como verdadeiro instrumento de diálogo institucional.

Das decisões manipulativas substitutivas, ou simplesmente decisões *substitutivas*, não se pode dizer o mesmo. São as mais questionáveis sob o ponto de vista democrático e de capacidade institucional, porque envolvem a declaração de inconstitucionalidade de uma opção realizada pelo legislador, sob o fundamento de que o Legislativo deveria ter feito outra

²⁶¹ “Em face dessa ‘rebelião’, tomou lugar uma espécie de pacto de não agressão entre a Corte Costituzionale e os restantes tribunais, nos termos da qual (i) a Corte Costituzionale, não obstante carecer de norma de competência para o efeito, declarou não estar vinculada à interpretação da lei ordinária proposta pelo Juiz *a quo*, e, do mesmo passo, (ii) comprometeu-se a não adoptar interpretações da lei desconformes com a jurisprudência comum, maioritária e consolidada nos Tribunais comuns (‘diritto vivente’). Nestes termos, no caso de, em termos de direito aplicado pelos tribunais comuns, existir um *diritto vivente* inconstitucional, o juízo de inconstitucionalidade da Corte Costituzionale desce do plano abstracto ao plano concreto, passando a não incidir sobre as várias normas hipotéticas resultantes da lei, mas sim sobre a norma efectiva ou interpretação que tem vingado na jurisprudência assente e pacífica dos tribunais comuns. Como é bom de ver, esta restrição de objecto de inconstitucionalidade impede, naturalmente, o órgão de fiscalização da constitucionalidade de proferir sentenças de interpretação conforme à Constituição, porquanto, incidindo o juízo de inconstitucionalidade sobre a interpretação vivente, não há espaço para interpretar o preceito global em conformidade com a Constituição”. LOPES, Pedro Moniz. Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa: análise de enunciados constitucionais de preferência. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 522. Outra análise da teoria italiana do direito vivente pode ser conferida em MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 406-410.

²⁶² ISRAEL, Lucas Nogueira. *A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar*. Dissertação de mestrado, 2014, p. 28. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16943/1/2014_LucasNogueiraIsrael.pdf. Acesso em 21 abr. 2018.

escolha, que por ser a única compatível com a Constituição deve figurar no lugar daquela originalmente prevista pela lei. De acordo com Luís Roberto Barroso, seria exemplo dessa técnica a decisão do STF na ADI 4424, Rel. Min. Marco Aurélio, que analisou dispositivos da Lei Maria da Penha e “*por meio da qual o Supremo Tribunal Federal afastou o cabimento de ação penal condicionada à representação, em caso de violência doméstica contra a mulher, prevista de forma expressa na Lei. 9.099/1995, substituindo-a por ação penal pública incondicionada (arts. 12, 16 e 41)*”²⁶³.

Outro importante exemplo de decisão substitutiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal refere-se ao julgamento sobre cota mínima de distribuição de recursos do fundo partidário para o financiamento de campanhas eleitorais de candidatas femininas. A ADI 5.617, Rel. Min. Edson Fachin, foi proposta pela Procuradora-Geral da República contra o art. 9º da Lei 13.165/2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), que estabelecia percentuais mínimo e máximo de recursos do Fundo Partidário para aplicação em campanhas eleitorais de mulheres. De acordo com o dispositivo, os partidos deveriam reservar o mínimo de 5% e o máximo 15% do montante do Fundo Partidário ao financiamento de candidaturas de mulheres.

Como corretamente sustentado pela PGR, a norma contrariava o princípio da igualdade ao produzir mais desigualdade e menos pluralismo nas posições de gênero. Afinal de contas, um percentual máximo de 15% para financiamento de candidatas mulheres corresponde a um percentual mínimo de 85% de financiamento para os candidatos homens. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, proferiu decisão *substituindo* a proporção de 5% a 15% prevista no 9º da Lei 13.165/2015 pelo percentual de 30%, que corresponde ao mínimo de candidaturas do gênero feminino exigido pelo art. 10, §3º, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições). Ou seja, como a lei das eleições estabelece o mínimo de 30% para o número de candidaturas femininas, a cota mínima de financiamento das campanhas dessas candidatas também deve ser de 30%. Do contrário, se estaria garantindo o número mínimo de candidaturas do gênero feminino apenas sob o ponto de vista formal, já que os partidos não estariam obrigados a aplicar percentuais consideráveis do fundo partidário nas campanhas dessas candidatas.

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, no prelo.

Nas substitutivas, a operação realizada pelo tribunal não é de adição, já que o caso envolve uma ação do legislador – e não uma omissão relativa –, mas de substituição da norma elaborada pelo Legislativo por outra elaborada pelo Judiciário, sob o fundamento de que somente assim se cumprirá a vontade constitucional. Utilizando as fórmulas italianas, se nas decisões aditivas a declaração de inconstitucionalidade incide *na parte em que não prevê “x”*; nas substitutivas se declara a inconstitucionalidade *na parte em que prevê “x”, ao invés de prever “y”*.

Por fim, as manipulativas *reduativas*, para aqueles que a adotam, corresponderiam à técnica de decisão por meio da qual o tribunal reduz o âmbito de incidência da norma para adequá-la à Constituição, podendo referir-se, por exemplo, tanto ao conteúdo quanto aos efeitos da norma. Aqui não há omissão parcial, nem substituição de uma escolha por outra, mas algum tipo de excesso inconstitucional. A descrição das decisões reduativas, presentes no direito comparado, coincide com a noção aplicada no Brasil de declaração de inconstitucionalidade parcial, com ou sem redução de texto.

Aproximam-se, dessa forma, muito mais das técnicas interpretativas de decisão já empregadas pelo Supremo Tribunal Federal, do que das técnicas manipulativas. Tanto assim que a ADI 927-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, citada pela doutrina como exemplo de decisão reduativa²⁶⁴, representa caso em que o STF aplicou a *interpretação conforme à Constituição* para restringir o alcance (antes nacional) do art. 17, I, “b”, e art. 17, II, “b”, da Lei n. 8.666/1993. Ou seja, a previsão do dispositivo legal de que as doações de bens públicos imóveis e de permutas de bens públicos móveis só poderiam ocorrer em benefício de outros entes públicos deveria ser aplicada apenas à União, não se destinando aos demais entes federativos. Uma decisão no Brasil entendida como interpretativa, portanto.

Com exceção das decisões manipulativas reduativas, cujo comando já era praticado sem questionamentos pelo STF sob a forma de técnicas de declaração parcial de inconstitucionalidade, as decisões aditivas e as substitutivas ajudam a mapear e a adequar as novas categorias de decisão verificadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, tratam-se de soluções parciais, que não explicam todo o fenômeno criativo técnico-decisório da Corte. Ao explicar apenas parte do problema, não correspondem à solução ideal para o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Ao menos três

²⁶⁴ GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 218.

questões podem ser apontadas como óbices à adoção da doutrina das decisões manipulativas para descrever a atuação do Supremo Tribunal Federal: (i) a classificação carece de funcionalidade, pois a ausência de uniformidade quanto à nomenclatura exige que o autor/julgador apresente seus pressupostos sempre que for utilizá-las; (ii) não se presta à explicação da omissão *total*, cujo controle é admitido pela Constituição de 1988 e praticado pelo STF; e (iii) não respondem ao controle de efetividade da Constituição.

2.2 Por que as sentenças manipulativas não são suficientes para descrever e prescrever a atuação do Supremo Tribunal Federal?

2.2.1 Ausência de uniformidade quanto à classificação: a disfuncionalidade de classificações que não classificam

A primeira grande questão relacionada à solução (parcial) representada pelas decisões manipulativas não é propriamente jurídica, mas pragmática. Classificações precisam ser funcionais, servir à uma finalidade, otimizar o tempo de estudo do leitor. Definitivamente, não é o que se nota da análise das sentenças manipulativas no direito comparado, com reflexos na doutrina brasileira. A começar no *gênero* – que para uns seria *manipulativas*, para outros *modificativas* e para um terceiro grupo *normativas* –, a crise de sistematização atinge principalmente as espécies. Uns falam em aditivas, substitutivas e redutivas. Outros excluem as redutivas da classificação. Há ainda quem inclua, como espécie, as aditivas de princípio – que, como referido, recebem o codinome “aditivas”, mas não são propriamente exemplo de adição pelo Poder Judiciário.

Para Carlos Blanco de Moraes, o gênero sentenças *manipulativas* comportaria as seguintes espécies: “i) *decisões que modulam a sua eficácia temporal bem como a do direito que é objeto do respectivo julgamento (n.º 4 do art. 282 da CR)*; ii) *decisões interpretativas condicionais (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, as de rejeição)*; iii)

*decisões com efeitos aditivos*²⁶⁵⁻²⁶⁶. A subdivisão que aqui interessa, portanto, estaria nas espécies de decisões com efeitos aditivos, correspondentes a: (iii.1) sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos; (iii.2) sentenças aditivas em sentido estrito²⁶⁷; (iii.3) sentenças aditivas de princípio; e (iii.4) sentenças substitutivas.²⁶⁸ Sem adentrar o conceito e os fundamentos de cada uma das espécies de manipulativas e de subespécies de decisões em sentido estrito categorizadas por Carlos Blanco de Moraes, o ponto é que a classificação não possui a funcionalidade necessária para operar na prática.

Com efeito, o próprio Carlos Blanco de Moraes reconhece que a matéria não é tratada de maneira uniforme nem mesmo pela doutrina portuguesa:

Jorge Pereira da Silva (...) distingue as sentenças aditivas (sentenças de acolhimento contendo uma parte ablativa e outra reconstrutiva), das sentenças interpretativas de efeito aditivo (decisões de rejeição que contém uma interpretação conforme com a Constituição) e, ainda, das sentenças de mero efeito aditivo (que coincidem com o que designamos de sentenças ‘demolitórias’). Por seu lado, Jorge Miranda (...) distingue as decisões aditivas (pelas quais se acrescentaria um segmento normativo para uma norma ser salva) das decisões integrativas (que completariam uma norma com preceitos da Constituição para que possa ser válida) e ainda das decisões redutivas (que fariam cair um segmento de norma para que a mesma possa ser conforme à Constituição)²⁶⁹.

²⁶⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 17.

²⁶⁶ Conceitua sentenças com efeitos aditivos como “as decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objeto da mesma sentença se compatibilize ou harmonize futuramente com a Constituição”. MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 34.

²⁶⁷ Para o autor, as sentenças aditivas *em sentido estrito* “consistem nas decisões de acolhimento que não só julgam a inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa, mas que também reparam imediatamente o silêncio gerador desse quadro de invalidade ou a lacuna criada pela própria componente ablativa da sentença, através da identificação de uma norma aplicável”. MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 45.

²⁶⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 38.

²⁶⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 33-34, nota de rodapé n. 22.

Em estudo pormenorizado sobre as definições disponíveis no catálogo doutrinário, Ricardo Branco chega a identificar nada menos que *onze* conceitos de sentenças aditivas²⁷⁰. A proliferação de classificações das *sentenças manipulativas* não ocorre apenas em Portugal. Também na Itália o tema é tratado por nomes muitos distintos entre si, ainda que lá se note maior uniformidade²⁷¹. E os reflexos chegam ao Brasil. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco sistematizaram o tema a partir do gênero decisões *manipulativas*, subdivididas em manipulativas de efeitos aditivos e manipulativas com efeito substitutivo. Como espécies de “decisões com alguma eficácia aditiva” apontam ainda as “*decisões demolitórias com efeitos aditivos (quando é suprimida uma lei inconstitucional constritora de direitos), as aditivas de prestação (que têm impacto orçamentário) e as aditivas de princípio (onde são fixados princípios que o legislador deve observar ao prover a disciplina que se tem por indispensável ao exercício de determinado direito constitucional)*”²⁷². As aditivas de princípio, pela classificação dos autores, seria uma espécie de decisão aditiva – com o que não se compactua, pelos motivos já expostos.

José Adércio Leite Sampaio refere-se ao gênero sentenças *normativas*, do qual seriam espécies as sentenças interpretativas ou de interpretação conforme à Constituição, as aditivas, as aditivas de princípio e as substitutivas²⁷³. O gênero sentenças *normativas* ressalta a atuação normativa da corte, o que é mais consentâneo com o tratamento do tema. Mas não se trata da

²⁷⁰ BRANCO, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 118 e ss.

²⁷¹ Carlos Blanco de Moraes descreve o debate doutrinário na Itália a respeito da admissibilidade da parcela aditiva das decisões de inconstitucionalidade: “A doutrina dividiu-se entre os que, como Picardi (...), negavam eficácia erga omnes à componente aditiva da sentença; os que como Zagrebelski (...) negavam essa eficácia mas admitiam a validade da componente aditiva quando decorrente de norma constitucional auto-aplicativa; os que como Crisafulli defenderam a validade da componente aditiva quando inequivocamente determinada em norma constitucional auto aplicativa; e os que pese alguma evolução em direção à posição precedente, sempre admitiram com generosidade alguma plasticidade e efeitos obrigatórios das decisões com operatividade aditiva, como foi o caso de Modugno (...) e Ruggeri-Spadaro António (...)”. MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 29-30, nota de rodapé n. 15.

²⁷² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1465 e ss.

²⁷³ Para José Adércio Leite Sampaio, as sentenças normativas correspondem “aos pronunciamentos judiciais que importam a criação de norma jurídica de caráter geral e vinculante”. SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 163 e ss.

expressão majoritariamente utilizada pela doutrina. Gabriel Accioly Gonçalves adota como gênero as *sentenças manipulativas*, e como espécies as decisões aditivas (de garantia e de prestação); as redutivas; as aditivas de princípio e as substitutivas. Mas fora desse gênero o autor também ressalta a existência de sentenças afins não manipulativas; da mera invalidação com efeitos aditivos e da redução textual parcial²⁷⁴. Além disso, uma decisão poderia combinar cargas diversas, resultando em sentenças mistas. Apesar da profundidade com que o tema é tratado por Gabriel Accioly, as categorias funcionam bem mais em teoria.

O quadro, aqui pincelado para comprovar a gama de possibilidades, pode ser tecnicamente defensável – em algumas hipóteses mais do que em outras – mas não funciona na prática. A adoção dessas categorias doutrinárias gera a necessidade de a Corte preliminarmente apontar o conceito que está “por trás” da nomenclatura utilizada, indicando também a presença de seus pressupostos. Do contrário, não se saberá exatamente à qual categoria aderiu, porque o *nome* não traz consigo um código próprio, ou um acordo doutrinário mínimo. Se a técnica da interpretação conforme à Constituição é utilizada, muitas vezes, para camuflar decisões de conteúdo criativo, parte do problema envolve a inexistência de categorias certas e delimitáveis, capazes de substituí-la com ganho conceitual. Se a mera invocação da categoria “manipulativa” ou “aditiva” não é capaz de atrair, imediatamente, um conteúdo mínimo específico, por que a Corte deveria passar a utilizá-las? Não seria apenas uma forma de transferir a impropriedade técnica hoje verificada (e criticada) a partir da pseudo-interpretação conforme à Constituição?

No fundo, o que importa é (i) definir se o caso envolve a interpretação (*lato sensu*) de uma norma ou a necessidade constitucional de elaboração de uma resposta (normativa ou executiva) e, (ii) se a atuação do Supremo Tribunal Federal se dará em relação a uma norma constitucional (o que inclui o controle de efetividade da Constituição) ou a uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade). Como já defendido, a fiscalização da constitucionalidade não se esgota no controle de normas. A resposta a essas perguntas determina não apenas a técnica a ser utilizada, como um ônus argumentativo maior ou menor em relação à democracia e demais parâmetros aplicáveis à atuação da Corte.

²⁷⁴ GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 203-209.

2.2.2 Ausência de resposta das sentenças manipulativas para a omissão total: e a existência de uma solução melhor na Constituição de 1988

O segundo problema ínsito à adoção da categoria italiana das *decisiones modificativas aditivas* como resposta para a sistematização dos novos tipos de decisão do Supremo Tribunal Federal refere-se ao pressuposto (muitas vezes ignorado) de sua existência, *tal como aplicadas e teorizadas pelo direito comparado*: as decisões manipulativas aditivas são proferidas apenas e tão somente quando verificada uma omissão *parcial*. Não foram pensadas para solucionar a omissão total, duplamente sindicável por instrumentos previstos pela Constituição de 1988: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Apesar de não resolver a omissão total, muitos autores brasileiros qualificam como “aditivas” algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que solucionaram a *ausência* da norma regulamentadora – e não a sua insuficiência. Não se trata de uso indevido de uma expressão, mas de uma importação equivocada de conceito do direito comparado. Aqui temos um problema de teorização, mais grave que o pragmático.

O equívoco de parte da doutrina brasileira decorre de duas constatações: (i) o foco é colocado na operação de “adição”, como se toda decisão que adiciona algum conteúdo ao ordenamento jurídico fosse doutrinariamente qualificada como aditiva pelo direito comparado e (ii) a doutrina estrangeira nem sempre aponta, *de maneira expressa*, que a categoria “sentenças manipulativas” pressupõe a existência de uma norma a ser manipulada, e que a subespécie “sentenças aditivas” pressupõe uma omissão parcial – ou seja, a existência de uma norma, porém incompleta. Só se manipula o que existe e, como visto, as sentenças aditivas foram desenhadas pelo direito italiano para resolver o problema da omissão parcial, para adicionar algo “na parte em que falta” e não para preencher toda a ausência. Francisco Javier Diaz Revorio, por exemplo, qualifica as aditivas como “*aquelas que, sem afetar o texto de uma disposição legal, estabelecem a inconstitucionalidade de um preceito, produzindo o efeito de ampliar ou estender seu conteúdo normativo, permitindo sua aplicação a casos não expressamente contemplados na disposição, ou ampliando suas consequências jurídicas*”²⁷⁵.

²⁷⁵ REVORIO, Francisco Javier Diaz. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001, p.146 e ss. No original: “*aquellas que, sin incidir en el texto de una disposición legal, establecen la inconstitucionalidad de un precepto, produciendo el efecto de ampliar o extender su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o ampliando sus consecuencias jurídicas*”.

Criticando a nomenclatura “sentenças manipulativas”, Gustavo Zagrebelsky e Valéria Marcenó ressaltam a natureza reconstrutiva dessas decisões²⁷⁶. Para os autores, os termos “manipular”, “manipulação” e “manipulativo” carregam consigo um significado negativo, sendo o fenômeno por elas descrito não de manipulação, mas de *reconstrução* da norma, razão pela qual preferem a expressão *decisões reconstrutivas*. Embora não se refiram expressamente à omissão parcial, decorre de sua leitura que a reconstrução só pode ser realizada a partir de uma norma existente, e não na ausência total de norma. Carlos Blanco de Moraes, ao contrário dos demais autores estrangeiros, é mais assertivo em relação ao pressuposto das aditivas: “(f)oi fundamentalmente para dar resposta à necessidade de se fixarem critérios de preenchimento de **omissões relativas inconstitucionais** ou de lacunas geradas pela própria decisão de inconstitucionalidade que nasceram as sentenças com efeitos aditivos”²⁷⁷. Ainda que se amplie o espectro da omissão parcial para abarcar também a proteção insuficiente, as aditivas só servem para os casos de omissão parcial.

Percebendo a impropriedade da categorização de uma sentença como *manipulativa* nas hipóteses de ausência total de norma, Gabriel Accioly foi no ponto: “as omissões inconstitucionais totais devem ser entendidas como categoria inapta a ser solucionada por meio de sentenças aditivas. Na verdade, o gênero decisão manipulativa como um todo parte da premissa de haver um texto normativo que venha a ser manipulado de alguma forma”²⁷⁸. Daí se concluir que, da mesma forma como é um equívoco do Supremo Tribunal Federal

²⁷⁶ “‘Manipulativo’ como ‘reconstrutivo’. ‘Manipulação’, ‘manipulação’, ‘manipulativo’ são palavras usadas com significado negativo, tanto mais quando associadas a uma função de justiça, onde a manipulação, seja o que for, deve ser excluída. Manipular e alterar são quase sinônimos. ‘Julgamentos manipulativos’ é uma expressão que foi bem sucedida. Vem do tempo em que estávamos nos perguntando sobre a legitimidade desse tipo de decisão. Hoje, esse tempo acabou. A expressão ‘julgamentos reconstrutivos’ seria mais apropriada, embora menos sugestiva. Mas assim seja. A linguagem tem sua própria força de inércia. Nós só precisamos estar cientes das sugestões que contém” (tradução livre). No original: “‘Manipolativo’ come ‘ricostruttivo’. ‘Manipolare’, ‘manipolazione’, ‘manipolativo’ sono parole entrate nell’uso, con quel tanto di significato negativo che portanto con sé, tanto più in quanto accostato a una funzione di giustizia, dove la manipolazione, qualsiasi cosa significhi, dovrebbe essere esclusa. Manipolare e alterare sono quasi sinonimi. ‘Sentenze manipolative’ è espressione che ha avuto successo. Essa viene dal tempo in cui ci s’interrogava sulla legittimità di questo tipo di decisioni. Oggi, quel tempo è superato. Sarebbe più propria, anche se meno suggestiva, l’espressione ‘sentenze ricostruttive’. Ma, tant’è. Il linguaggio ha la su forza d’inerzia. Bisogna solo essere consapevoli delle suggestioni che contiene”. ZAGREBELSKY, Gustavo e MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2018, p. 229-230.

²⁷⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 27.

²⁷⁸ GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 206-207.

qualificar suas decisões aditivas como “interpretação conforme à Constituição”, também é um equívoco doutrinário importar do direito italiano a categoria “aditiva” para qualificar as decisões que resolvem omissões legislativas *totais*. Ambos os casos traduzem insinceridade normativa e fundamentação decisória imprópria. Até mesmo a Corte Constitucional da Colômbia, cujos acórdãos referem-se expressamente à adoção de “sentença integrativa” e que, por isso, serviram de inspiração para a técnica da integração conforme à Constituição proposta em tópico próprio, não admite o controle de omissões totais²⁷⁹.

As hipóteses de omissão total não podem ser conformadas nas técnicas de decisão das “sentenças manipulativas”, ou das “manipulativas aditivas” do direito italiano. Na verdade, não existe no direito comparado uma categoria própria para a supressão da omissão total, aplicando-se os fundamentos das aditivas apenas para a solução da omissão parcial. Não é apenas uma questão de nomenclatura, mas de ausência de fundamento para a importação da categoria a fim de qualificar as decisões do Supremo Tribunal Federal que resolvem a omissão total – chamando-se pelo mesmo nome técnicas de decisão ontologicamente diferentes.

O tribunal constitucional italiano só está autorizado a suprir a lacuna via decisão aditiva se (e somente se) a *omissão relativa inconstitucional do legislador* puder ser colmatada a partir de uma *solução constitucionalmente obrigatória (rime obbligate)*, ou seja, quando a normatização judicial não envolver a realização de escolhas discricionárias pela Corte e constar de forma categórica na constituição. Nas palavras de Ademar Borges, “a doutrina *rime obbligate* impõe como pressuposto essencial da edição de sentença aditiva a noção conforme a qual o conteúdo normativo a ser adicionado por meio da sentença (parcela adjuntiva) deve representar solução constitucionalmente obrigatória”. E continua: “A operação integrativa subjacente à sentença aditiva *não poderia, a pretexto de colmatar a*

²⁷⁹ Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-038/2006, Magistrado Ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO: “la Corte se ha declarado competente para conocer únicamente acerca de omisiones legislativas relativas, pues ‘éstas tienen efectos jurídicos susceptibles de presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores’. Quiere decir lo anterior que ante la ausencia total de un precepto o texto legal, la Corte no adelanta un juicio de inconstitucionalidad, por cuanto sólo es competente para conocer y pronunciarse sobre la producción legislativa, no obstante si se trata de una omisión relativa esta puede ser objeto de un juicio de constitucionalidad, que eventualmente podría conducir a proferir una sentencia integradora mediante la cual se subsane la omisión inconstitucional”.

*omissão legislativa inconstitucional, criar direito novo, elaborando disciplina que não existia previamente no ordenamento jurídico*²⁸⁰.

O desacerto é verificado, por exemplo, na categorização da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto dos mandados de injunção²⁸¹ que visavam à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, por *inexistência* de norma regulamentadora do art. 37, VII, da CF (omissão total)²⁸². Na hipótese, o Supremo Tribunal Federal decidiu que cabia à Corte a adoção de medidas normativas para a superação da omissão total inconstitucional, aplicando ao setor público, por analogia, a Lei nº 7.783/1999, que disciplina o direito de greve no âmbito privado. Não se trata de decisão aditiva nos moldes italianos porque ausentes seus pressupostos: não existe uma norma a ser manipulada, nem uma omissão parcial, e tampouco uma (única) solução constitucionalmente obrigatória. A forma como o direito de greve deveria ser regulamentado certamente envolvia escolhas e limites mais ou menos rígidos²⁸³ e, ainda assim, pode ser concretizado a partir da inovação do

²⁸⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 202-203.

²⁸¹ STF, Plenário, MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, MI 670/ES, Rel. Min. Rosa Weber e MI 712/PA, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.10.2007, p. 31.10.2008.

²⁸² Consta do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes no MI 708, o seguinte trecho: “Especialmente no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, esclarece Rui Medeiros que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou ainda quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora ‘solução constitucionalmente obrigatória’ (MEDEIROS, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 504)”. O caso não tratava de complementação de regime previamente adotado pelo legislador, mas da regulamentação em si desse regime. E, quanto à “solução constitucionalmente obrigatória”, o próprio Rui Medeiros questiona o critério: “por detrás desta ideia geral estão modos muito diversos de conceber a existência de uma vinculação constitucional. (...) Temos para nós que, nos casos em que não exista uma pluralidade de soluções alternativas e em que, portanto, a solução adoptada seja constitucionalmente necessária, a decisão modificativa não ofende as prerrogativas do legislador. Só que, se é certo que existem numerosas leis constitucionalmente obrigatórias, no sentido de leis impostas e necessárias para a concreta salvaguarda e realização de uma norma constitucional, o mesmo não se pode dizer em relação às leis de conteúdo constitucionalmente vinculado. A redução da liberdade de conformação do legislador ‘a zero’, especialmente no campo da concretização do princípio da igualdade, é dificilmente imaginável”. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 504-505.

²⁸³ Sobre a decisão do STF no julgamento conjunto dos mandados de injunção sobre o direito de greve do setor público, e a discricionariedade judicial envolvida, assim se manifestou Ademar Borges: “Nesse caso, nada há na Constituição a impor esta ou aquela forma específica para o exercício do direito de greve, seja no que diz respeito às condições que o autorizam, seja no que concerne aos seus limites. O Supremo Tribunal Federal, ao produzir o regramento que disciplinará, até a superveniência de lei sobre a matéria, o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, adotou, parcialmente e por analogia, o complexo normativo que disciplina o mesmo direito para empregados privados. Pergunta-se: a norma criada pelo Supremo Tribunal Federal, em seu conteúdo, representa solução constitucionalmente obrigatória? A resposta é negativa”. SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 205.

Supremo Tribunal Federal, porque a Constituição de 1988 expressamente previu o mandado de injunção como instrumento processual legitimador da criação judicial quando em jogo obstáculos normativos à fruição de direitos fundamentais.

A regulamentação do direito de greve, por isso, encontra fundamento *direto* na própria Constituição de 1988, sem a necessidade de recurso ao direito comparado ou a nenhum outro instituto – quanto mais a um que não compartilha dos pressupostos necessários à solução constitucionalmente adequada do caso concreto. Em outras palavras, considerando-se as “aditivas italianas” e as decisões criativas do STF que resolvem omissões totais, pode-se afirmar que ambas “adicionam” conteúdo normativo *em sentido lato*, mas no direito italiano a complementação normativa da omissão *parcial* decorre de uma solução a *rime obbligate*, enquanto que a solução das omissões totais no direito brasileiro, *não*. Embora os dois casos envolvam criação judicial, há maior margem de inovação no direito brasileiro, justamente porque assim prevê a Constituição de 1988. Na verdade, a técnica normativa de decisão do STF para solucionar *omissões totais* ainda carecia de sistematização pela doutrina e, também por essa razão, proponho nesse trabalho a adoção da técnica da *integração conforme à Constituição*.

A Constituição de 1988 traz em si um projeto ambicioso. As decisões manipulativas italianas ajudaram a colocar luzes sobre o problema da criação judicial pelo STF, mas representam uma solução tão parcial – além de antipragmática – que não atende às necessidades do sistema constitucional brasileiro. Além de não abarcarem a omissão total, as sentenças manipulativas tampouco servem como prognóstico para o tipo de fiscalização de constitucionalidade hoje realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

2.2.3 Ausência de resposta para o controle da efetividade da Constituição

A ausência de resposta para o controle de efetividade da Constituição consiste na maior insuficiência das decisões manipulativas. As categorias de decisão propostas para o Supremo Tribunal Federal precisam ser capazes de abarcar todo o tipo de provimento fundado no texto da Constituição de 1988. A normatização pelo Supremo Tribunal Federal envolve, como visto no capítulo anterior, não apenas a compatibilização de normas infraconstitucionais

com a Constituição – que é o objeto das sentenças manipulativas – mas também a extração da máxima efetividade das próprias normas constitucionais, e do projeto idealizado pela Constituição.

Nesse ponto, embora amplamente citada como exemplo de sentença aditiva, a decisão do Supremo Tribunal Federal ao apreciar o pedido do MS 26.604, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, não pode ser caracterizada como tal. No caso, a Corte criou uma nova hipótese de perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária, além daquelas previstas no art. 55 da CF²⁸⁴, sob o fundamento de que a fidelidade partidária “é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal”. De fato, houve aqui uma construção judicial, uma adição. Mas nem toda adição corresponde a uma sentença aditiva. Nem toda atuação criativa do Supremo Tribunal Federal pode ser enquadrada na categoria de decisões manipulativas.

O caso, em verdade, representa ilegítima revisão constitucional²⁸⁵, injustificável tanto sob o prisma das decisões manipulativas, quanto da Constituição de 1988²⁸⁶. Em primeiro lugar, porque houve restrição ao direito político fundamental de exercício de cargos eletivos contra a decisão do poder constituinte originário, que estabeleceu no art. 55 da CF um rol taxativo e nele não reproduziu o disposto no art. 35 da Constituição de 1969²⁸⁷ – que, a propósito, já havia sido revogado pela Emenda Constitucional n. 25, de 1985. Além disso, as sentenças manipulativas não servem para qualificar as decisões que têm por objeto a densificação das próprias normas da Constituição. As manipulativas visam à conformação das

²⁸⁴ Art. 55, CF: “Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

²⁸⁵ “Trata-se das sentenças que alargam, por força de uma operação interpretativa, o objeto da norma constitucional existente, à margem do texto e da vontade expressa ou implícita do legislador constitucional, acabando por gerar, de fato, ‘novas’ normas, com pretensão valor constitucional”. MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009, p. 40.

²⁸⁶ O voto vencido do Ministro Eros Grau no MS 26.604, Plenário, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j.04.10.2007, p. 03.10.2008 aponta a ilegitimidade da decisão da maioria: “eu pergunto, desafiadoramente: onde está escrito, na Constituição ou em lei, que o cancelamento de filiação partidária ou a transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda consubstancia renúncia tácita? A assertiva de que no caso haveria renúncia pretende, *permissa venia*, mascarar a criação de uma hipótese de perda de mandato não admitida pela Constituição”.

²⁸⁷ Art. 35, CF de 1969: “Perderá o mandato o deputado ou senador: (...) V – que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152”.

normas *infraconstitucionais* com o ordenamento constitucional, seja a partir de uma adição ou de uma substituição. Para a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal com impacto nas normas constitucionais – ou no projeto da Constituição – a categoria a ser proposta deve ser outra. Tanto porque a Constituição de 1988 permite uma atuação muito mais enérgica do Judiciário, como porque utilizar o fundamento das manipulativas para decisões que envolvem a aplicação *direta* de normas da constituição equivaleria à ausência de fundamentação.

Se é certo que a ampliação do significado das normas constitucionais *pode* ser realizada, a legitimidade do fundamento autorizativo deve ser buscada na própria Constituição, sob pena de o Judiciário atuar como “constituinte positivo” ou, no caso de normas constitucionais originárias (como no julgamento da fidelidade partidária), admitir-se a presença de uma omissão (relativa) inconstitucional, em subversão ao entendimento de que normas constitucionais originárias não podem ser consideradas inconstitucionais. A concretização do projeto da Constituição de 1988 não se trata nem de uma coisa, nem de outra.

Por outro lado, existe um campo recém explorado da jurisdição constitucional que não é sequer tangenciado pela categoria das decisões manipulativas. Por não dizerem respeito ao controle de *normas* propriamente dito, as decisões que reconhecem o estado de coisas inconstitucional, ou aquelas que são produto de litígio estrutural²⁸⁸, em nenhuma hipótese podem ser caracterizadas como decisões manipulativas. Conforme explicitado por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o estado de coisas inconstitucional deve ser declarado diante da existência de um “quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas”, que só medidas estruturais são capazes de reverter. Diante da inércia dos poderes envolvidos, e da gravidade da afronta a direitos fundamentais, a Corte “se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de

²⁸⁸ De acordo com Carlos Alexandre Campos, o litígio estrutural é “caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. Para enfrentar litígio da espécie, juízes constitucionais acabam fixando ‘remédios estruturais’, voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas”. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 19 jun. 2018.

inconstitucionalidades”²⁸⁹. Tendo em vista essa conceituação, e o seu não enquadramento no conceito de sentenças manipulativas, sob qual rótulo podem ser qualificadas as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre estado de coisas inconstitucional e litígios estruturais?

A resposta está na distinção metodológica entre interpretação e integração da Constituição. Ou seja, em admitir e justificar dogmaticamente que as próprias normas constitucionais podem ser objeto de *integração* (e não apenas de interpretação), sem que isso caracterize atividade “constituente originária”. As novas categorias decisórias devem ser capazes de (i) distinguir as hipóteses em que a decisão do Supremo Tribunal Federal se encontra dentro do programa (explícito ou implícito) da norma, daquelas que envolvem construção judicial; e, uma vez identificada a construção, de também conseguir (ii) conformar e diferenciar a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal com impacto nas normas constitucionais (o que inclui o controle de efetividade da Constituição), da atuação construtiva com impacto nas normas infraconstitucionais. Isso porque (i) o grau de criação e (ii) o objeto da fiscalização realizada pelo Supremo Tribunal Federal atrai fundamentos e parâmetros próprios.

2.3 A solução proposta: as técnicas da *inferência constitucional* e da *integração conforme à Constituição*

Ao longo do estudo foram mencionadas algumas vias atualmente utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para a criação de normas: (i) a edição de súmulas vinculantes, o julgamento de questões recursais sob o rito da repercussão geral, o sistema de vinculação a precedentes; (ii) a pseudo-interpretação conforme à Constituição; (iii) o controle de inconstitucionalidade por omissão (relativa ou absoluta) e (iv) a modulação temporal de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Com exceção da manipulação dos efeitos no tempo, surgida na prática processual do STF e depois positivada pelo art. 27 da Lei n. 9.868/1999, não há outros parâmetros para a atuação criativa da Corte. A indefinição, como

²⁸⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 19 jun. 2018.

observado anteriormente, está na contramão da transparência, do controle público (e doutrinário) sobre as decisões do Supremo, da sinceridade normativa e da funcionalidade.

A partir do resultado da distinção entre interpretação e integração das normas constitucionais surgem as duas categorias de decisão propostas para redirecionar o trânsito processual no Supremo Tribunal Federal: (i) a técnica da inferência constitucional e a (ii) técnica da integração conforme à Constituição. São complementares àquelas que têm como núcleo a interpretação constitucional, por proverem um resultado que se encontra *além* da mera interpretação, mas ainda assim dentro dos limites traçados pela Constituição. Quando não se é capaz de chegar à solução jurídica a partir das possibilidades explícitas ou implícitas da norma em análise – ou quando sequer há norma em análise –, não há falar em interpretação. Mas o problema levado ao Judiciário persiste e é preciso enfrentá-lo.

Inferência constitucional e integração conforme à Constituição representam um passo adicional em relação às técnicas interpretativas, e se distinguem de acordo com o grau de criação (maior na inferência) e com o tipo de lacuna que visa a suprir (se constitucional ou infraconstitucional). Em síntese, existe *inferência constitucional* toda vez que a questão jurídica demandar a criação de uma norma diretamente a partir de uma norma constitucional, enquanto que a *integração conforme à Constituição* surgirá diante de necessidade de normatização com impacto na legislação infraconstitucional ou na ausência de legislação. Em razão do caráter criativo das soluções, e da sua excepcionalidade diante de limitações relativas à democracia e à capacidade institucional das cortes, as duas técnicas estão sujeitas a limites e parâmetros. São, ainda, mais funcionais e abarcam em maior extensão os novos tipos de provimento do Supremo Tribunal Federal.

2.3.1 A técnica da *inferência constitucional*: atuação normativa do STF com impacto nas normas constitucionais²⁹⁰

Inferência constitucional e integração conforme à Constituição, como referido, representam um acréscimo quando comparadas às técnicas interpretativas, e se distinguem de acordo com o grau de criação e com o objeto analisado. Existe inferência constitucional toda

²⁹⁰ Agradeço a Patrícia Perrone Campos Mello pela inspiração para o nome da categoria.

vez que a questão jurídica exigir (i) definição do conteúdo das normas constitucionais, principalmente aquelas de natureza abstrata, como os princípios, (ii) de cuja operação resultem outras normas ou comandos para a realização da Constituição, (iii) desde que o resultado esteja de acordo ou não seja contrário à Constituição.

A técnica reconhece e assume o caráter criativo da operação e, ao mesmo tempo, evidencia que a explicitação ou densificação da norma constitucional é realizada por inferência da própria Constituição, cujo resultado deve estar contido em seus limites materiais. A criação por inferência constitucional não equivale àquela realizada pelo legislador (ou, no particular, pelo constituinte), porque não há propriamente uma escolha por parte do Supremo Tribunal Federal, mas um espaço de decisão a partir de diretrizes estabelecida pelo próprio poder constituinte. Diante da necessidade de resolução do caso concreto e, constatando-se a ausência de norma constitucional expressa, autorizativa ou proibitiva, *a Corte Constitucional busca na Constituição as coordenadas normativas para a construção da resposta. A partir dos dados conhecidos e contidos no texto, infere-se a solução para um determinado caso concreto ou conjunto de casos.* A inferência constitucional surge a partir de *argumentos estruturais* ou, na visão multidimensional de Lawrence Tribe, de uma “geometric construction”²⁹¹. A ideia é de que a construção judicial tem início no texto da norma constitucional, mas termina identificando proposições não-textuais que se sustentam sobre a norma, estando com ela em pé de igualdade e gerando impacto nas próprias normas constitucionais.

Por mais analítica que seja a Constituição de 1988, um texto constitucional democrático deve deixar amplos espaços em aberto para deliberação política das gerações futuras. Os intervalos de vazio constitucional em regra referem-se a temas deixados à conformação do legislador infraconstitucional ou dos demais poderes públicos, o que representa uma *opção* legítima do constituinte, a favor da democracia. Excepcionalmente, porém, determinada matéria pode ter sido eleita para figurar na Constituição e referir-se ao que se conhece por reserva de Constituição²⁹², hipótese em que a supressão do vazio impacta

²⁹¹ Em seu livro *The Invisible Constitution*, Lawrence Tribe formula a pergunta sobre como “visualizar e articular regras, princípios e direitos que são parte da nossa Constituição, mas não discerníveis ou diretamente deriváveis do texto?” e em resposta oferece seis modelos de construção de normas constitucionais “invisíveis”: o geométrico, o geodésico, o global, o geológico, o gravitacional e o giroscópico. O livro é fascinante e dele aproveito principalmente o modelo geométrico, assim descrito: “by this term I mean essentially ‘connecting the dots’ and ‘extending the lines’”. TRIBE, Lawrence. *The invisible constitution*. Oxford University Press: New York, 2008, p. 157.

²⁹² As matérias sujeitas à reserva de Constituição não estão necessariamente vinculadas à relevância

diretamente nas próprias normas constitucionais. Uma proposta formalista apontaria no sentido de aguardar a manifestação do poder constituinte derivado, um procedimento em si dificultoso e que, no melhor cenário, poderia hipertrofiar ainda mais a Constituição. Uma proposta que tem como norte a efetividade da Constituição, ao contrário, envolve a busca da resposta no próprio sistema normativo constitucional, o que a rigor acaba funcionando como prevenção de rupturas institucionais, evitando a retirada do poder constituinte de seu estado de latência.

Com o passar dos anos, a complexificação das relações sociais e a reorganização de forças políticas começam a concorrer e a testar a força da constituição. Uma constituição deve servir principalmente aos tempos de crise. Aprovar uma nova constituição ou convocar assembleias constituintes em momentos de polarização e de graves cisões políticas acaba fazendo com que os grupamentos sociais e políticos não incluídos na maioria da ocasião sintam-se escusados de cumprir a nova constituição, colocando em risco, desde o primeiro momento, a pacificação que deve acompanhar a promulgação de um texto constitucional.

A necessária incompletude da Constituição, que garante espaços de deliberação para as gerações futuras, exige dos poderes majoritários e do Judiciário soluções não previstas pelo constituinte – ou propositadamente silenciadas no momento da promulgação do texto, por envolverem matérias insuscetíveis de formação de maioria. A inferência constitucional, nesse contexto, atua a favor do atributo da *flexibilidade*, apontado por Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton²⁹³ como um dos fatores responsáveis pela *resistência constitucional*²⁹⁴, ou longevidade de uma constituição. A solução por inferência permite que o Supremo Tribunal Federal *explicite* uma norma que não se encontra expressa ou

do tema: “É da análise de cada sistema constitucional concreto que se pode inferir quais foram os temas cuja regulação foi reservada, com exclusividade, à Constituição. Neste sentido, a reserva de Constituição não está necessariamente vinculada à relevância do tema versado. Existem temas jurídicos de enorme importância que não são equacionados em sede constitucional. A Constituição pode até exercer uma influência sobre a sua disciplina infraconstitucional – o que tende a ocorrer, diante do fenômeno da ‘filtragem constitucional’ do Direito –, mas não subtrai todo o espaço de livre conformação legislativa”. SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 12, jul/dez 2012, p. 32.

²⁹³ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom e MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009, p. 129. Os autores apontam três fatores que influenciam diretamente a resistência constitucional: inclusão, flexibilidade e especificidade.

²⁹⁴ “Por resistência constitucional entenda-se a capacidade de as constituições sobreviverem ao tempo e aos desafios políticos aos quais podem se submeter em diferentes contextos ao longo de sua vida, ou vigência”. FREIRE, Alonso. Longevidade constitucional: o caso da Constituição de 1988. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/longevidade-constitucional-1988-21052018>. Acesso em 21 mai. 2018.

implicitamente no texto, podendo até mesmo ser contrária à semântica ou à interpretação literal de determinado dispositivo –, desde que o resultado possa ser reconduzido à Constituição. É exemplo de *flexibilidade* justamente por impedir que a rigidez de interpretações meramente literais e congeladas no tempo coloquem em risco todo o projeto da Constituição e lhe diminuam a expectativa de vida.

Conforme lição de Alonso Freire, a flexibilidade “*fornece uma saída mais eficaz e menos dramática a impasses políticos e crises constitucionais, permitindo que soluções sejam encontradas dentro do marco constitucional, sem ruptura constitucional e evitando os custos e riscos de uma renegociação política em um processo constituinte*”²⁹⁵. Ao espelhar de forma calibrada as novas exigências sociais e políticas, a técnica da inferência constitucional auxilia na rearrumação das forças necessárias à sustentação da própria Constituição, com ganhos de transparência, argumentação, controle e funcionalidade.

Em determinadas matérias o exercício de inferência é uma imposição, havendo comandos autorizativos prévios concedidos pelo constituinte originário, tal como estudado no item sobre o fundamento material da atuação criativa do Supremo Tribunal Federal. As normas do art. 5º, LXXI e §§ 1º e 2º, da CF, traduzem o fundamento constitucional para a inferência em matéria de direitos fundamentais, e veiculam um *dever* a ser observado por todos os intérpretes de seu texto, notadamente pela corte responsável pela guarda da Constituição. Os dispositivos constitucionais citados referem-se, categoricamente, à operação de explicitação de outras normas protetivas de direitos fundamentais *decorrentes* do regime e dos princípios adotados pela Constituição, e à existência de uma norma de competência contida na previsão constitucional do mandado de injunção, que autoriza a realização da atividade legislativa pelo Judiciário em tema de direitos fundamentais. Ou seja, a Constituição de 1988 estabelece o regime, as diretrizes, as finalidades, os princípios e os valores. Dentro dessa moldura, as soluções criativas podem ser propostas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo legislador, pelo administrador, pela sociedade civil – desde que para aumentar a proteção constitucionalmente atribuída aos direitos fundamentais.

²⁹⁵ FREIRE, Alonso. Longevidade constitucional: o caso da Constituição de 1988. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/longevidade-constitucional-1988-21052018>. Acesso em 21 mai. 2018.

Se assim não fosse, o STF jamais poderia ter estendido à mãe adotante o prazo de licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias previsto no art. 7º, XVIII²⁹⁶, da CF apenas para as *gestantes*²⁹⁷. É certo que o texto da Constituição refere-se expressamente ao termo “gestante” e que, por óbvio, a maternidade pela adoção não se dá pela gestação. Dessa forma, a solução a que chegou o STF não decorre nem explícita, nem implicitamente, do texto constitucional. Aliás, é inicialmente contrária à leitura que se pode fazer do dispositivo²⁹⁸. Nesse sentido, não há dúvidas de que houve criação. No entanto, diante de norma constitucional cuja interpretação literal tem por consequência um resultado inconstitucional – sobre ou subinclusivo – a Corte Constitucional *pode* transpor a semântica para produzir a solução constitucionalmente adequada, *devendo* fazê-lo quando em jogo a proteção de direitos fundamentais, principalmente o de minorias vulneráveis. Na hipótese narrada, o Supremo Tribunal Federal *inferiu* do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre filhos biológicos e adotados²⁹⁹ a decisão de que a licença prevista no artigo 7º, XVIII, da CF abrange *tanto* a licença gestante *quanto* a licença adotante, *ambas* asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias, independentemente da idade do filho adotado. Por *inferência constitucional*, onde se lê licença gestante, leia-se licença maternidade³⁰⁰.

²⁹⁶ Art. 7º, XVIII, CF: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII: licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”

²⁹⁷ STF, Plenário, RE 778.889/PE, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j.10.03.2016, p 01.08.2016.

²⁹⁸ Esse foi o entendimento do Ministro Marco Aurélio, que votou pelo não provimento do pedido do recurso extraordinário. Afirmou que a atuação do STF é vinculada ao direito positivo e, portanto, não poderia substituir o legislador e assentar que estaria deficiente a normatividade aprovada pelos representantes do povo. Com efeito, destacou que o artigo 7º, XVIII, CF, versa sobre licença à gestante, o que pressupõe a gestação. Assim, segundo o Ministro Marco Aurélio, haveria uma dupla proteção: à mulher que engravida, que se tornará parturiente, e também à criança. Quanto ao art. 227, § 6º, da Constituição Federal, apenas impediria o tratamento diferenciado aos filhos, não dizendo respeito à situação jurídica nem da gestante, nem, muito menos, da adotante.

²⁹⁹ Art. 227, § 6º, CF: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

³⁰⁰ O acórdão proferido pelo STF nos autos do RE 778.880/PE, julgado sob a sistemática da repercussão geral, deu causa à edição do Parecer nº 3/2016/CGU/AGU, da Advocacia-Geral da União – AGU, aprovado com caráter normativo pelo Sr. Presidente da República em 12 de dezembro de 2016. Consta do documento o seguinte trecho pertinente: “O presente parecer (...) tem em vista não apenas esse elemento formal ou autorizativo que deve revestir as decisões da Corte Suprema brasileira em relação aos órgãos administrativos federais, mas igualmente a correção substancial e, portanto, a legitimidade material da decisão específica proferida pelo STF no RE 778.889/PE, na qual sobressaem também as razões substantivas que, no caso em análise, devem funcionar como elementos persuasivos no sentido do efetivo cumprimento pela Administração Pública Federal”. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/1530156>> Acesso em 16 jan. 2018. No mesmo sentido, o Conselho da Justiça Federal – CJF editou a Resolução n. 452, de 30 de junho de 2017.

A técnica também se verificou no mais significativo acórdão proferido pela Corte, no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, ambas da relatoria do Ministro Ayres Britto, em que o Supremo Tribunal Federal depreendeu da Constituição a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, solução que *aparentemente* poderia estar em desacordo com a leitura do art. 226, §3º, da CF³⁰¹. Criticada por muitos como ativista, ou como fruto de atuação ilegítima do Supremo como “constituente positivo”, trata-se de decisão *contida* no projeto da Constituição e imposta por inferência constitucional na forma do art. 5º, §2º, da CF. O voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 4277 e na ADPF 132, acompanhando o Ministro Relator por fundamento diverso, chama a atenção para o que aqui se propõe. Consta de seu voto a conclusão de que a autorização para a união entre pessoas do mesmo sexo não está no art. 1723 do Código Civil, nem na aplicação direta do texto do art. 226, §3º, da CF, “*mas, sim, (deve ser entendida) como **decorrência** de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação – , os quais **exigem** um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso*”³⁰². Ou seja: a Constituição possui normas explícitas, implícitas e inferidas.

Em outras palavras: da norma constitucional que protege expressamente a união estável *entre o homem e a mulher* não se pode concluir que automaticamente estariam proibidas todas as demais formas de entidade familiar, porque esse resultado seria inconstitucional. O comando do art. 226, §3º, da CF restringe-se, apenas, à afirmação constante no texto: a de que a união estável entre o homem e a mulher encontra-se garantida pela Constituição, o que foi necessário para afastar, de uma vez por todas, a pecha de *concubinato* que esse tipo de relação social ainda produzia na sociedade na década de 80. Dele não pode resultar o comando negativo, de que ao prever a união estável entre o homem e a mulher todas as demais formas de entidade familiar estariam vedadas constitucionalmente. Seja porque não se extrai de uma norma de proteção um resultado não protetivo, seja porque do rol de direitos fundamentais previstos na Constituição decorre a garantia de todas as formas de entidade familiar. Por inferência constitucional, onde se lê união estável entre o

³⁰¹ CF, art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

³⁰² STF, Plenário, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, p. 14.10.2011.

homem e a mulher, *não* se lê vedação aos demais tipos de entidade familiar. E por inferência constitucional, diante da lacuna da Constituição em prever garantia expressa da união estável entre pessoas do mesmo sexo, seu reconhecimento *decorre* da concretização do princípio da igualdade e da vedação da discriminação em razão de sexo, gênero ou orientação sexual.

Diante da necessidade de solução do caso concreto, e consideradas as diretrizes estabelecidas pela Constituição, a decisão final do Supremo Tribunal Federal não poderia ser outra: atuar de maneira criativa para permitir as uniões homoafetivas³⁰³, ainda que a solução produza impacto no próprio texto constitucional e, dessa maneira, acabe por expandir o parâmetro de controle da Constituição. A propósito, o que hoje se conhece por *bloco de constitucionalidade* nada mais é do que produto de inferência constitucional – já que não se pode utilizar como padrão, para a aferição da constitucionalidade, uma norma que não ostenta a natureza de norma constitucional. Por fim, ainda em relação ao julgado sobre as uniões homoafetivas, a falta de uma proteção institucional adequada produziria resultado inconstitucional, gerando incentivos negativos para o aumento do quadro de discriminação. No cenário constitucional e constitucionalizante, criar uma norma protetiva não corresponde a uma escolha do Supremo Tribunal Federal – ou dos demais poderes e órgãos estatais –, mas a um dever³⁰⁴.

O terceiro caso representativo de inferência constitucional corresponde ao julgamento da ADC 12, da relatoria do Ministro Ayres Britto, que chancelou a proibição do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, sob o fundamento de que o ato normativo apenas densificaria aquilo que já se encontrava previsto no art. 37 da CF. Ocorre que a vedação do nepotismo não está nem expressa, nem implícita no referido dispositivo

³⁰³ Em voto oral, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a afirmação em sentido contrário constituiria verdadeiro “engodo metodológico”: “não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo. Na verdade, essa própria afirmação já envolve um certo engodo metodológico”.

³⁰⁴ Mas, ainda de acordo com o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgado que concluiu pela proteção constitucional das uniões estáveis homoafetivas, “é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos”.

constitucional. Mas de fato se infere do contexto da Constituição, inexistindo no ato normativo do CNJ qualquer atentado contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança. Porque a solução se infere da própria Constituição, o STF *estendeu* a proibição do nepotismo até o terceiro grau de parentesco nos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo; da União, Estados e Municípios. O precedente deu origem à Súmula Vinculante 13/STF³⁰⁵.

O julgamento que vedou o nepotismo diferencia-se das decisões sobre licença adotante e união homoafetiva por não se referir diretamente a direitos fundamentais. Aqui, a atuação do Supremo Tribunal Federal com impacto nas normas constitucionais é legítima por outro fundamento: pela existência de interesse direto do Judiciário e dos poderes públicos na solução contrária, o que aciona o mecanismo do controle recíproco. Embora não se possa falar na existência de uma vantagem comparativa do Judiciário – porque o precedente foi firmado em relação ao próprio Poder e só depois estendido aos demais –, o insulamento político da Corte opera a favor de decisões que produzem efeitos contra os interesses de seus membros. Além disso, ao colocar o tema constitucional na agenda política, o Supremo atua sobre a estrutura de incentivos regulatórios, devolvendo a matéria aos poderes majoritários, embora a reversão envolva custos políticos tão altos quanto os da tomada de decisão, até porque a vedação incidiu inclusive e prioritariamente sobre o próprio Judiciário. Dessa forma, ainda que a inferência constitucional – como também a integração conforme à Constituição – constituam técnicas que podem ser adotadas mesmo quando não esteja em jogo direitos fundamentais, a atividade legislativa da Corte é excepcional e deve ser diretamente reconduzida ao projeto desenhado na Constituição. A construção só para em pé com razões e fundamentos, a partir dos quais será possível controlar se o resultado produzido é ou não compatível com a CF e se deve ou não ser produzido pelo STF. Não basta que o tema em discussão tenha sido tratado, ou de alguma forma figure na constituição.

Como se vê, a inferência constitucional é uma técnica que traduz o impacto de decisões criativas do Supremo Tribunal Federal *no âmbito das normas constitucionais*, o que não é objeto das sentenças manipulativas aditivas. Aqui, não se trata de criação de *mais* uma

³⁰⁵ Súmula Vinculante 13/STF: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

categoria de decisão a ser somada ao confuso quadro das nomenclaturas existentes, mas do esboço de uma técnica antes não teorizada, já que as aditivas só dizem respeito ao controle da omissão *relativa* existente *nas normas infraconstitucionais*. A solução de lacunas presentes no texto da própria Constituição não está contida nas sentenças aditivas, o que demanda a construção de uma alternativa particular e ao mesmo tempo compatível com a Constituição de 1988.

De acordo com o estudo realizado no próximo capítulo, (i) há zonas em que a atuação construtiva do STF *se impõe* ou tem *preferência* – como na proteção de direitos fundamentais (missão constitucional) e na existência de interesse direto dos demais poderes constituídos ou de conflito de interesses entre as instituições e seus membros (preferência constitucional); (ii) há zonas em que o STF *não* pode atuar criativamente, sob pena de subversão do texto constitucional – como na criação de normas penais *contra o réu*; e (iii) há uma enorme zona de incerteza de atuação. No último caso, a resposta criativa da Corte pode ocorrer se as seguintes perguntas forem respondidas positivamente: 1) existe adequação entre o pedido formulado ao Supremo Tribunal Federal e as habilidades e limites da Corte? Ou seja, o STF possui, comparativa e contingentemente, maior capacidade institucional?; 2) Caso atendido o pedido, a decisão produzida pelo STF mantém – ou ao menos não suprime – o necessário diálogo institucional entre os Poderes?; 3) É positiva a relação entre os incentivos gerados pela decisão e o fim da inércia e/ou do bloqueio dos poderes majoritários?

No julgamento sobre nepotismo, a preferência para a concretização das normas constitucionais passou a ser do Supremo Tribunal Federal dada a existência de interesse direto dos Poderes na nomeação de parentes para cargos em comissão e funções de confiança (ainda que a vedação também se aplique ao próprio Judiciário). A inércia legislativa e administrativa em realizar o regime previsto pela Constituição, que em todos os sentidos aponta para a vedação do nepotismo, gerava incentivos negativos para a regulamentação da matéria. Foi necessário, então, interferir nessa estrutura em favor da Constituição. A hipótese traz em si um *conflito de interesses* suficiente para transferir a preferência de atuação normativa para o Supremo Tribunal Federal, institucionalmente desenhado para não responder politicamente por suas decisões, o que, em casos como esse, funciona como um mecanismo pró-democracia. De forma quase simplória, a ideia é a de que, se a Corte não agisse, nenhum outro Poder tomaria a iniciativa em razão dos altos custos políticos envolvidos, resultando na continuidade da prática inconstitucional, contra a sociedade. Em síntese, a existência de conflitos de interesse dos poderes majoritários, no caso concreto, é capaz de alterar a preferência

constitucional para regulamentar determinada matéria, porque responde de forma positiva e *prévia* aos três testes institucionais formulados acima. A hipótese passaria da zona de incerteza (*o Supremo deve atuar de forma criativa nesse caso?*), para a zona preferencialmente positiva (*o Supremo tem preferência constitucional para atuar nesse caso concreto*).

O fundamento para a realização de inferência constitucional, nos casos que envolvem conflito de interesses ou interesse direto dos poderes Legislativo e Executivo, encontra-se de forma ampla nos princípios republicano e democrático além de, mais especificamente, no exercício do controle recíproco entre os Poderes. É o caso, também, de diversos julgados sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, que estabeleceram, via jurisprudência, um verdadeiro regime jurídico sobre os poderes e os limites das CPIs. Diante da existência de interesse dos demais poderes e do bloqueio regulatório verificado principalmente junto ao Legislativo, aliados à necessidade de manutenção do equilíbrio de forças em uma democracia, não há falar em ativismo ou ilegitimidade da atuação do Supremo nessas hipóteses.

Mas há casos em que a inferência não pode ser realizada e que, ainda assim, foi praticada pelo Supremo Tribunal Federal – esse o motivo da expressa menção da necessidade de o resultado da inferência ser compatível com a Constituição, o que a rigor seria desnecessário. A questão do teto remuneratório dos procuradores municipais, “inferido” do art. 37, IX, CF como tendo por parâmetro o subsídio dos Ministros do STF, e não o subsídio do Prefeito, é um deles. No RE 663.696, Rel. Min. Luiz Fux, a maioria dos Ministros até então formada acompanhou o voto do Relator para estabelecer que a expressão “procuradores”, prevista ao final do art. 37, XI³⁰⁶, da CF, foi redigida de forma genérica, aplicando-se assim aos procuradores municipais, que deveriam ter seu teto calculado com base no subsídio dos Ministros do Supremo. Trata-se de verdadeira criação de exceção à regra da parte inicial do mesmo art. 37, XI, da CF, que por sua vez é expressa em sentido contrário,

³⁰⁶ Art. 37, XI: “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”.

já que se refere à incidência, “como limite, nos Municípios, (d)o subsídio do Prefeito” para o cálculo do teto de *todos* os ocupantes de “cargos, funções, empregos públicos, da administração direta, autárquica e fundacional”. Não há dúvidas de que os procuradores municipais se encontram no grupo de ocupantes de cargos efetivos municipais.

O STF realizou criação normativa contrária à regra prevista textualmente na CF, e sem fundamento em direitos ou princípios caros ao Estado Democrático. A pauta corporativa tem seduzido o Supremo Tribunal Federal, mas vai de encontro ao princípio da igualdade e gera danos irreparáveis às contas públicas, prejudicando a sociedade. No julgamento sobre o teto dos procuradores municipais, a solução já se encontrava expressa na Constituição. E se não constasse do texto constitucional, estaria contida na liberdade de conformação do legislador. Retirar um tema do Legislativo, eleito e responsável politicamente por suas escolhas, e trazê-lo à decisão da Corte Constitucional quando não há fundamento na própria Constituição para assim agir, é conduta que responde negativamente às três perguntas antes formuladas: o Supremo Tribunal Federal não possui o equipamento necessário para a tomada de decisão; a decisão contraria a democracia e o diálogo entre os Poderes, por retirar ilegitimamente do Legislativo um tema deixado à sua apreciação pelo texto constitucional e, por fim, a proporção entre incentivos e inércia é negativa, na medida em que os custos de reversão de decisões financeiramente favoráveis a corporações organizadas e politicamente fortes é mais alto do que os incentivos de correção, favorecendo a inércia.

Capacidade institucional e democracia são os principais limites à inferência constitucional, como também à integração conforme à Constituição. A democracia constitui, ao mesmo tempo, *fundamento e limite* para o exercício da atividade legislativa pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que haja na Constituição Federal fundamentos para sustentar a possibilidade de a corte constitucional produzir normas, a autorização é conferida em caráter excepcional e deve observar parâmetros, como os aqui propostos. Além disso, quando admitida, dirige-se ao *Tribunal*, não aos seus Ministros individualmente – a não ser que estejam presentes as hipóteses excepcionais de concessão da cautelar.

Em todo caso, *o respeito à soberania popular e à democracia exige que as decisões de caráter criativo sejam tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – preferencialmente pelo Plenário Físico –*, já que as medidas com impacto no sistema constitucional devem comportar sustentações orais, questões de ordem, debates, transmissão ao vivo pela TV Justiça, além do fato de a divulgação prévia da pauta de julgamento no sítio

eletrônico do Supremo Tribunal Federal permitir a chamada de *amici curiae* e o envolvimento da academia e da sociedade, com a publicação de artigos, colunas, notas, entrevistas, manifestações etc, que, sem dúvida, constroem a decisão da Corte. Como o desenho institucional do Judiciário não prevê *checks* (falta de accountability, garantia de independência judicial e insulamento político), a Corte não pode suprimir os *balances* (necessidade de decisão pelo Pleno do tribunal e art. 52, X, CF, por exemplo). Se o STF abusa de seu poder de guarda da constituição para alterar essa estrutura dialógica de contenção de poder, está alterando as regras do jogo democrático.

Essa proposta esbarra na maior disfuncionalidade do Supremo Tribunal Federal: a monocratização de suas decisões³⁰⁷. É certo que a vedação pura e simples da adoção de decisões monocráticas não resolve *o cada um por si* do STF, já que, por convenção, quem exerce a Presidência da Corte tem o poder discricionário de estabelecer quais processos irão ser pautados. Dessa forma, proibir a prolação de decisões monocráticas pelos Ministros apenas transfere o poder individual conferido ao relator para outro indivíduo: o Presidente da Corte. A solução demanda uma reforma estrutural do STF. De toda sorte, considerado o modelo atual, a monocratização deslegitima a Corte, tem gerado uma guerra de liminares dentro do próprio tribunal, funcionaliza o recesso judiciário e só empodera o algoritmo da distribuição. Uma espécie de versão judicial da teoria da captura. Nesse cenário, não se pode desprezar o risco da criação de normas pelo STF, o que é apenas minorado com a proposta de decisão inicial colegiada, ou de imediata inclusão da decisão monocrática do Relator na pauta, quando admitida a cautelar nas ações de controle concentrado³⁰⁸.

³⁰⁷ Sobre o tema, confirmam-se: MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. Caderno Opinião. Jornal Folha de São Paulo, Edição de 01 de fevereiro de 2010. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em 12 dez. 2018; ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. In: *CEBRAP*, vol.37 no.1 São Paulo Jan./Apr. 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013. Acesso em 12 dez. 2018; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Da supremocracia à ministocracia*. Caderno Opinião. Jornal Folha de São Paulo. Edição de 28 de abril de 2018. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2018/04/da-supremocracia-a-ministocracia.shtml>. Acesso em 12 dez. 2018.

³⁰⁸ Caso isso não ocorra, pode-se pensar na aplicação, por analogia, do art. 62, § 6º, da CF. Assim, as decisões monocráticas deveriam ser incluídas na pauta do plenário no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da publicação da decisão, findo o qual a imediata inclusão pode ser requerida pelo advogado da causa. Essa proposta tem como fundamento a aplicação uniforme de um prazo razoável e constitucionalmente previsto para a realização de atividade legislativa por poder diverso do Legislativo. É constitucionalmente legítimo que Executivo e Judiciário, quando exercem atividade legislativa, estejam sujeitos aos mesmos prazos de deliberação plenária.

2.3.2 A técnica da *integração conforme à Constituição*: atuação normativa do STF com impacto na legislação infraconstitucional e na ausência de legislação

A inafastabilidade do controle jurisdicional sobre qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito encontra-se assegurada no art. 5º, XXXV, da CF. A ideia adjacente ao mandamento constitucional é a de que, se o Estado proibiu o exercício da autotutela, assumiu o dever correspondente de prestar jurisdição, não lhe sendo legítimo isentar-se de resolver conflitos das mais diversas naturezas. A inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário seria, assim, o fundamento da proibição do *non liquet*, a impossibilidade de os aplicadores do direito se eximirem de decidir determinado caso sob a alegação de existência de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (art. 140 do CPC). Se existe lacuna, ela estaria na lei, não do ordenamento. A explicação segue com a indicação dos três métodos para a integração de lacunas: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro – LINDB), persistindo em algumas obras jurídicas a menção de que a ordem dos métodos corresponderia a uma hierarquia entre eles, o que levaria à aplicação dos princípios gerais de direito apenas em último caso.

Essa teorização vem sendo questionada desde o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, uma vez que a defesa do uso dos princípios como método integrativo subsidiário revela o nítido propósito de conter sua aplicação. Como bem ressalta Anderson Schreiber, “*toda a elegante construção científica em torno da integração da ordem jurídica revela o indisfarçável anseio de limitar a atuação do intérprete, impedindo-o de avançar sobre terrenos dominados pelo silêncio do legislador*”³⁰⁹. A força normativa dos princípios os eleva à condição de fonte primária do direito, ao lado da lei. Dessa forma, o art. 4º da LINDB deve ser interpretado à luz da Constituição, sendo a analogia e os costumes aplicáveis apenas se não houver norma, ou seja, *princípio constitucional ou regra jurídica* (na maioria das vezes lei formal) incidente sobre a hipótese. Por isso, como explicado no tópico anterior, a aplicação direta de princípios constitucionais ao caso concreto constitui exemplo de *inferência constitucional*, e não de *integração conforme à Constituição*.

A técnica da inferência é aplicável diante de uma lacuna no *direito constitucional positivo*, a da integração conforme à Constituição visa a suprir uma lacuna no *direito*

³⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 83.

infraconstitucional. Em razão do caráter criativo das soluções, e da sua excepcionalidade diante de limitações relativas à democracia e à capacidade institucional das cortes, inferência constitucional e integração conforme devem estar sujeitas a limites e parâmetros. Todavia, considerando que a prática de inferência constitucional aumenta o próprio parâmetro de controle do Supremo Tribunal Federal – na medida em que a norma criada passa a integrar o bloco de constitucionalidade –, o grau da limitação para a realização de inferência constitucional é superior ao da integração conforme à Constituição.

Existe integração conforme à Constituição toda vez que o caso não comportar a aplicação direta da Constituição e (i) a lei for omissa, não sendo possível fazer uso da analogia (porque inexistente a mesma razão de direito) ou dos costumes, permanecendo a lacuna; (ii) nos casos de omissão legislativa – se não houver lei regulamentadora de direito previsto na Constituição (omissão total) ou se seu comando for incompleto (omissão parcial) – e, por fim, (iii) se a incidência da lei no caso concreto produzir um resultado inconstitucional (teoria do impacto desproporcional). Não à toa, a Corte Constitucional da Colômbia, tal como a proposta aqui apresentada, qualifica suas decisões de resultado aditivo ou substitutivo como “sentenças integradoras”³¹⁰. O foco deve estar na operação de integração, não no resultado aditivo ou substitutivo.

Embora a técnica da integração conforme à Constituição possua uma zona de intersecção com as sentenças manipulativas (e, especialmente, com as aditivas), seu campo de incidência é muito maior. Primeiro porque inclui a possibilidade de controle de omissões legislativas *absolutas*, o que não é admitido pela categorização original do direito italiano. Segundo porque é capaz de abarcar *outros tipos de omissão* diferentes da inércia *legislativa*, servindo de formatação para as decisões sobre estado de coisas inconstitucional e litígios estratégicos. Terceiro porque, como explicado anteriormente, sua adoção *não exige uma solução constitucionalmente obrigatória*, mas apenas a elaboração de uma resposta compatível com a Constituição. Há outros ganhos menores, mas nem por isso menos importantes. A integração conforme à Constituição faz uso de uma operação já enraizada, há muito conhecida pelo direito, e capaz de gerar maior adesão do que o uso das categorias “manipulativa” ou “aditiva”, que à primeira vista sugerem uma construção contrária ao

³¹⁰ O estudo das sentenças da Corte Constitucional Colombiana, sistematizado pelo próprio Tribunal, pode ser conferido em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?vs=6419&pg=28&campo=/&sql=sentencia>. Acesso em 23 out. 2018.

direito.

No que diz respeito à primeira hipótese de aplicação da técnica da integração conforme à Constituição (*quando a lei for omissa e não se puder fazer uso da analogia*), a utilização da analogia prefere ao da integração conforme à Constituição porque demanda a incidência de uma resposta jurídica *já existente* a fatos que apresentam *igual razão*, impedindo tratamentos desiguais a situações que deveriam ter sido tratadas da mesma forma³¹¹. Desse modo, a precedência da analogia sobre a técnica da integração conforme à Constituição encontra fundamento no princípio da igualdade. Além disso, a integração conforme à Constituição é fenômeno *criativo* e, nessa qualidade, excepcional. Se não houver a mesma razão de direito, o STF pode até invocar que a lacuna está sendo integrada por analogia – como o faz em vários casos, aqui demonstrados como pseudo-interpretação conforme – mas na realidade estará agindo criativamente. Se há criação com impacto na legislação infraconstitucional e se o resultado está em conformidade com a Constituição, surge a integração conforme à Constituição.

A ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, talvez seja o exemplo mais significativo da técnica, por incluir a interrupção terapêutica do parto no caso de gravidez de fetos anencefálicos como uma hipótese de excludente de tipicidade do crime de aborto. Embora refira-se a matéria penal, a atuação se deu em benefício do réu e da proteção de minorias, ao reconhecer que não há crime nos casos em que o bem jurídico protegido pela norma não está presente. Um segundo grupo de casos de integração conforme corresponde a exemplos em que o STF cria normas regulamentadoras de direitos previstos na Constituição e penderes de regulamentação pelo legislador, como nos mandados de injunção que estabeleceram o direito de greve dos servidores públicos³¹². O resultado nessas hipóteses concretiza o disposto na Constituição e em seus valores fundamentais, estando em conformidade com a Constituição. Ao contrário, no julgamento conhecido como Raposa Serra do Sol, o STF teria supostamente estabelecido balizas normativas para a demarcação de terras indígenas de acordo com os arts. 241 e 242 da CF, mas na prática algumas das “condicionantes” estabelecidas não podem ser reconduzidas argumentativamente ao texto constitucional.

³¹¹ A analogia permite a “aplicação da lei a casos por ela não regulados, mas nos quais há identidade de razão ou semelhança de motivo”. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1955, p. 35.

³¹² STF, Plenário, MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, do MI 670/ES, Rel. Min. Rosa Weber e do MI 712/PA, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.10.2007, p. 31.10.2008.

Na ação popular distribuída como PET 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, sucedido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, estava em discussão saber se a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol deveria ser realizada de forma contínua ou “em ilhas”, como queria o Estado de Roraima. Embora tenha sido julgada *constitucional* a portaria demarcatória, que adotou o critério da continuidade, o voto do Ministro Menezes Direito introduziu no *dispositivo* do julgado 19 condicionantes à demarcação contínua, que não constavam do ato normativo, nem haviam sido debatidas previamente nos autos do processo. A maioria delas sequer era necessária ao julgamento da causa. Apesar de o julgamento dos embargos de declaração opostos contra o acórdão ter representado um passo atrás, na medida em que reconheceu que a decisão em ação popular não tem eficácia vinculante (embora persuasiva e com forte impacto nas demarcações futuras), o fato é que o regime de usufruto de terras indígenas encontra-se na margem de apreciação do legislador, devendo ser estabelecido pelo Legislativo. Além disso, algumas condicionantes foram construídas *contra* os índios³¹³, em *desconformidade* com a Constituição. O marco normativo do usufruto de terras indígenas construído pelo STF no caso Raposa Serra do Sol viola o princípio do contraditório, o princípio democrático e o regime constitucional de proteção das comunidades indígenas. Em nenhuma hipótese configura exemplo de integração conforme à Constituição, ante à inexistência de comandos constitucionais precisos em que possa ser projetada a construção realizada pela Corte.

A terceira hipótese de aplicação da integração conforme à Constituição diz respeito às situações em que a incidência da lei ou ato normativo ao caso concreto produz um resultado inconstitucional, como na chamada *teoria do impacto desproporcional (disparate impact)*³¹⁴. O comando constitucional da igualdade perante a lei determina a edição de normas genéricas e abstratas, mas, em situações práticas específicas, a conformação supostamente neutra do

³¹³ Por exemplo, o disposto pelo STF nas letras “e”; “m” e “r”: “e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados *independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI)*”; “m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas”; “r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”. STF, Plenário, Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19.03.2009, p.25.09.2009.

³¹⁴ Sobre o tema, confira-se NOWAK, Jonh E. e ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. Saint Paul: West Publishing Co, 1995; e SARMENTO, Daniel. A Igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação ‘de facto’, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

comando normativo pode gerar impacto desproporcional sobre determinado grupo de pessoas, mesmo que não intencional, o que a rigor contraria o princípio da igualdade. Dessa forma, a teoria do impacto desproporcional permite o reconhecimento de violação ao princípio da igualdade sempre que a aplicação aparentemente neutra de uma lei ao caso concreto acabe gerando efeitos danosos a integrantes de grupos vulneráveis. A lei existe e, *em tese*, se subsume ao caso concreto, mas *na prática* sua incidência gera impacto desproporcional sobre determinado grupo vulnerável, devendo ter sua aplicação afastada com fundamento no princípio da igualdade. A Corte, então, cria uma *regra de exceção*, integrando o sistema normativo, como fez o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, em que determinou a não aplicação do art. 14 da EC 20/98 (teto previdenciário) ao benefício do salário maternidade, haja vista seu impacto desproporcional sobre as mulheres³¹⁵.

A técnica da integração conforme à Constituição encontra inspiração na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, que resume as incidências aqui especificadas na ementa da Sentença A-256/2009, Relator Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, esclarecendo na Sentença C-109/1995, Relator Magistrado Alejandro Martínez Caballero, que a técnica não equivale a atuar como o legislador, porque a resposta foi construída tendo em vista as finalidades da Constituição e com fundamento em sua força normativa:

SENTENÇA INTEGRADORA - Conceito. Trata-se de uma modalidade de decisão por meio da qual o juiz constitucional, em razão da força normativa da Constituição, projeta os mandamentos constitucionais sobre a legislação ordinária, a fim de integrar lacunas

³¹⁵ Na ADI 1.946, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j.29.04.1999, p.14.09.2001, o Supremo Tribunal Federal conferiu suposta “interpretação conforme” ao art. 14 da EC 20/1998, que instituiu o teto para o pagamento de benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social. A norma produzia efeitos práticos discriminatórios da mulher, porque só as mães recebem o benefício do salário-maternidade. Dessa forma, se o empregador fosse obrigado a arcar com a diferença financeira entre o teto previdenciário de responsabilidade do INSS e o salário da trabalhadora, haveria um desestímulo à contratação de mulheres, ou seja, um impacto desproporcional sobre as trabalhadoras. A tese foi exposta no voto do Ministro Nelson Jobim: “A regra da EC. 20/98, aparentemente neutra, produz discriminação não desejada pelo próprio legislador. As práticas de mercado passarão a responder com discriminação, quanto ao emprego da mulher. Não podem ser mantidos os atos que induzem às práticas discriminatórias. A doutrina chama de efeitos ou impactos desproporcionais (“*disparate impact*”). O Tribunal tem que examinar as conseqüências da legislação para constatar se estão, ou não, produzindo resultados contrários à Constituição. A discriminação positiva introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade. É constitucionalmente legítima, porque se constitui em instrumento para obter a igualdade real. No caso, a regra induz à discriminação proibida, como demonstrei. Ter-se-ia um resultado contrário à regra constitucional proibitiva da discriminação, em matéria de emprego, de sexo, origem, raça ou profissão. Por essas razões, acompanho o Relator e dou interpretação conforme a Constituição. À licença-maternidade não se aplica a limitação estabelecida no artigo 14 da EC 20”.

normativas aparentes ou enfrentar as inevitáveis indeterminações da ordem jurídica. Tais sentenças são particularmente importantes diante de problemas constitucionais relacionados a uma diferença injustificada de tratamento (sob a ótica do princípio da igualdade) ou a um déficit de proteção de sujeitos específicos, pois se caracterizam por produzir uma extensão do conteúdo normativo a situações fáticas não originalmente nele previstas, e que do contrário seriam inconstitucionais. Em virtude de tais medidas, os conteúdos normativos devem se condicionar a um sentido específico, em conformidade com a Constituição Política³¹⁶.

SENTENÇA INTEGRADORA - Fundamento constitucional. As sentenças integradoras encontram seu primeiro fundamento na força normativa da Constituição, uma vez que o juiz constitucional, a fim de garantir a integridade e supremacia da Constituição, deve incorporar os mandamentos constitucionais à ordem jurídica. Portanto, se o juiz, ao decidir um caso, é confrontado com uma indeterminação legal – seja porque o enunciado da lei é insuficiente, ou porque é contrário à Constituição –, **deve projetar as normas constitucionais diretamente sobre o caso, mesmo que dessa forma, aparentemente, adicione novos conteúdos normativos ao ordenamento jurídico.** O juiz, nesse caso, **não está de forma alguma legislando**, porque a única coisa que faz é aplicar o princípio segundo o qual a Constituição, como norma das normas, possui supremacia normativa³¹⁷. (negrito acrescentado)

³¹⁶ Corte Constitucional da Colômbia, Sentença A-256/09, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A256-09.htm>. Acesso em 02 jan. 2019. No original: “SENTENCIA INTEGRADORA – Concepto. Es una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional, en virtud del valor normativo de la Carta (CP art. 4), proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. Tales sentencias cobran particular importancia frente a problemas constitucionales relacionados con una diferencia de trato injustificado o con un déficit de protección de sujetos específicos, por cuanto se caracterizan por producir una extensión de un contenido normativo a situaciones fácticas no previstas originalmente en ellas, que de otra forma serían inconstitucionales. Por virtud de tales providencias los contenidos normativos se condicionan a ser entendidos en un sentido específico, acorde con la Constitución Política”.

³¹⁷ Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-109/95, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-109-95.htm>. Acesso em 02 jan. 2019. No original: “SENTENCIA INTEGRADORA – Fundamento constitucional. Las sentencias integradoras encuentran entonces su primer fundamento en el carácter normativo de la Constitución, puesto que el juez constitucional, con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales. Por ello, si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado es contrario a la Carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas, tiene una suprema fuerza normativa”.

Em resumo, tomadas a inferência constitucional e a integração conforme à Constituição como espécies do gênero *decisões criativas do Supremo Tribunal Federal*, três perguntas são importantes para a incidência das categorias propostas: 1) a decisão é criativa, ou seja, transborda os limites da mera interpretação da Constituição e das leis?; 2) o resultado criativo realiza o projeto, os valores e as finalidades da Constituição?; 3) a decisão encontra-se em consonância com a democracia e com a capacidade institucional do Judiciário? Se a resposta for positiva a essas três perguntas, a depender do tipo de norma envolvida, será inferência constitucional (criação referente a normas constitucionais) ou integração conforme à Constituição (criação referente a normas infraconstitucionais). Devem observar, como sugerem as pistas adiantadas ao longo do trabalho, limites decorrentes da democracia e da capacidade institucional do Judiciário, havendo hipóteses em que não podem ser proferidas, outras que diminuem o ônus argumentativo do Supremo Tribunal Federal para sua adoção e um terceiro grupo em que reina a incerteza, devendo ser adotada a solução criativa somente se o produto dos testes institucionais assim indicar.

3 ALGUNS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO NORMATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os limites genéricos, impostos sobre a própria atividade criativa do Judiciário, foram descritos no primeiro capítulo e dizem respeito à democracia e à capacidade institucional. Esses dois limites são *de fundo* e devem ser avaliados e respeitados em todo e qualquer caso que exija dos magistrados a normatização de uma resposta não estritamente interpretativa. No particular, quando em jogo a atividade legislativa do *Supremo Tribunal Federal*, o exame da democracia e da capacidade institucional da Corte é ainda mais importante, pois como estudado, a hipótese representa criação de norma por um terceiro, diferente dos seus próprios destinatários. Além disso, a atuação criativa do STF gera a necessidade de aprovação de emendas à Constituição para revisão do entendimento, cujo procedimento dificulta a tomada de decisão pelos representantes do povo e, ao final, podem novamente ser examinadas e afastadas pela Corte. E mais do que isso: se a decisão do Supremo Tribunal Federal envolver cláusulas pétreas, representam verdadeiro entrenchement de entendimentos, com elevados custos políticos e riscos de reversão, pondo em risco a própria estabilidade institucional e a manifestação de vontade das gerações futuras.

Os limites e testes propostos nesse capítulo são complementares às objeções democrática e de capacidade institucional e referem-se especificamente ao *conteúdo* do litígio, não sobre a possibilidade abstrata da operação criativa em si. Representam uma tentativa de extrair da vantagem comparativa do Judiciário para a proteção de direitos fundamentais e das regras do jogo democrático um conjunto de matérias mais específico. Não excluem outras matérias ou pretendem pôr fim ao debate, mas buscam o rascunho de um método para casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal com forte grau de criação.

O primeiro limite material refere-se à impossibilidade de atuação criativa do Judiciário em matéria criminal *contra* o réu, haja vista a escolha constitucional originária pela regra da legalidade penal estrita. No extremo oposto estão as matérias em que juízes e tribunais estariam *a priori* mais aptos a decidir, como nas hipóteses de interesse direto dos demais Poderes e de conflitos de interesses entre membros e a instituição à qual pertencem. Explicando a partir de um código jurídico, sobre tais matérias recai uma *presunção relativa* de que o Judiciário tem legitimidade para atuar criativamente, podendo ser afastada no caso concreto.

Por fim, para a ampla zona de incerteza restante, proponho três testes institucionais para o exercício da atividade normativa por juízes e tribunais. Em síntese, os testes institucionais se destinam a responder três perguntas: 1) existe adequação entre o pedido formulado ao Supremo Tribunal Federal e as habilidades e limites democráticos e institucionais da Corte? Ou seja, o STF possui, comparativa e contingentemente, maior capacidade institucional? (*teste democrático-institucional*); 2) Caso atendido o pedido, a decisão produzida pelo STF mantém – ou ao menos não suprime – o necessário diálogo institucional entre os Poderes? (*teste dialógico*); 3) É positiva a relação entre os incentivos gerados pela decisão e o fim da inércia e/ou do bloqueio dos poderes majoritários? (*teste de incentivos*).

3.1 Quando o Judiciário não pode criar normas: impossibilidade de decisões criativas em matéria penal, *contra o réu*

O direito penal suscita as mais diversas paixões. É na revisão da interpretação e da aplicação do direito penal e do processo penal que se tem buscado respostas para problemas crônicos da sociedade brasileira, como segurança pública e corrupção. Nesse contexto estão discussões acalouradas sobre a possibilidade ou não de decretação de prisão após a condenação penal em segunda instância, a realização de conduções coercitivas, a redução da maioria penal, a criminalização de condutas como a prática do “caixa 2” e a necessidade de endurecimento de penas. Não à toa a Constituição de 1988 dedicou diversos dispositivos ao tema, e funciona como anteparo para a criminalização de comportamentos garantidos ou socialmente irrelevantes. O desacordo moral em matéria penal exigiu do constituinte o estabelecimento de um desenho mínimo do direito material e do processo penal, com limites prévios e específicos, entre os quais aquele que particularmente interessa para a atividade criativa do Judiciário: a *regra* da legalidade estrita em matéria penal. *Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*, a significar que um fato não pode ser considerado como crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem a aprovação de uma

lei em sentido formal, havendo consenso doutrinário de que a legalidade penal estrita impõe quatro comandos: a lei penal deve ser prévia, escrita, estrita e certa³¹⁸.

A Constituição de 1988 fez uma escolha: cabem aos poderes democraticamente eleitos a manifestação prévia sobre condutas incriminadoras e suas sanções, não se podendo falar, por exemplo, em costumes ou aplicação de analogia no campo penal – nesse último caso, apenas em benefício do réu. Desse modo, a previsão da *reserva de lei* prevista pelo art. 5º, XXXIX, da CF foi pensada como garantia de que graves restrições a direitos fundamentais só poderiam ser implementadas mediante lei formal, além de servir como freio à atuação dos órgãos responsáveis pela persecução penal e como vetor de interpretação e de aplicação das normas penais. Mas diante do reconhecimento da possibilidade de o próprio Judiciário criar normas, podem juízes e tribunais estabelecer normas penais incriminadoras? Se não, a legalidade penal estrita impede o Judiciário de controlar toda e qualquer matéria penal?

Começando pela última pergunta, a resposta é negativa. O Judiciário pode, por exemplo, exercer o controle da proporcionalidade para reduzir e adequar as penas previstas pelo legislador, seja porque o valor *liberdade* é um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito, vedando-se o arbítrio em relação à sua restrição; seja porque o direito penal deve ser aplicado de forma *subsidiária*, ou em *ultima ratio*, pois corresponde à resposta mais grave do Estado para uma conduta. Liberdade e subsidiariedade são valores e critérios orientadores da política criminal estabelecida pelos poderes majoritários, mas não se dirigem apenas a eles. Além de servirem como parâmetro para a elaboração da política pública, devem funcionar como critério para o controle judicial da razoabilidade das penas, porque a contenção do arbítrio estatal ocorre *a favor* de direitos fundamentais, principalmente da liberdade ambulatorial. A quantidade de pena deve ser aquela *necessária e suficiente* para a proteção do bem jurídico relevante, o que condiciona a margem de conformação do legislador em matéria penal ao exame da razoabilidade da restrição do direito fundamental à liberdade. Dessa forma, não é correto falar, *de forma genérica*, que juízes e tribunais não podem atuar criativamente em matéria penal³¹⁹.

³¹⁸ Ver, por todos, TOLEDO. Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21-29.

³¹⁹ Outra hipótese corresponde ao controle de constitucionalidade da legislação pré-constitucional, muitas vezes de caráter autoritário, tal como lembrada por PAIVA, Paulo Frederico. *Decisões manipulativas em controle de constitucionalidade e sua admissibilidade em matéria criminal. Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, ano 2, 2008/2009. A questão envolve a avaliação do critério da estabilidade democrática, como proposto nesse trabalho.

Por outro lado, respondendo à primeira questão, não cabe ao Judiciário prolatar sentenças criativas *em prejuízo de réus ou condenados*, nem mesmo nos casos de proteção insuficiente de determinado bem jurídico ou valor constitucionalmente tutelado³²⁰. É suposto que as cortes podem exercer o controle de constitucionalidade e de efetividade da política criminal, mas não podem ampliá-la ou modificá-la. São juízos constitucionalmente restritos aos poderes democraticamente eleitos, porque envolvem escolhas e restrições difíceis de estatuir e de executar. Delitos, penas e política criminal não se referem apenas ao poder punitivo do Estado. Envolvem a formulação de uma complexa resposta para simultaneamente realizar *prevenção, repressão e cooperação*, a partir de medidas de sopesamento entre *interesses e bens jurídicos relevantes, direitos fundamentais e limitação de recursos públicos*.

Nesse sentido, a criação de norma penal pelo Judiciário, *in malam partem*, representa atuação antidemocrática e testa negativo no exame de capacidade institucional. De novo: pode-se julgar se a política criminal é ou não constitucional, devendo-se fazer um apelo ao legislador quando se julgar necessário, mas não ampliá-la ou modificá-la. Mas da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal fiscalizar a constitucionalidade de leis ou atos normativos, e de exercer a revisão judicial em matéria penal, *não decorre* sua legitimidade democrática ou capacidade institucional para criar normas penais incriminadoras ou interferir na política pública criminal, contra o réu. Dos casos em que a decisão do Supremo Tribunal Federal pode resultar em atuação normativa em direito penal *material*, dois chamam especialmente a atenção: o julgamento do indulto concedido pelo ex-Presidente Michel Temer e o pedido de criminalização da homofobia em razão da omissão do Legislativo em responder de forma eficaz ao combate da prática.

O primeiro deles encontra-se pendente de julgamento final, mas alguns votos já foram proferidos, o que permite um maior debate³²¹. Na ADI 5874, Rel. Min. Luís Roberto Barroso,

³²⁰ Sobre a atividade legislativa que agrava o rigor do sistema penal vigente, Gabriel Accioly explica que: “Essa última possibilidade é – acertadamente – rejeitada pela doutrina comparada. Ainda que o poder judiciário vislumbre eventual proteção insuficiente a bem jurídico constitucionalmente tutelado, em razão de uma pena excessivamente branda, neste campo, a reserve legal deve ser compreendida como intransponível, sendo viável, apenas, a prolação de decisões de apelo ao legislador”. GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 311.

³²¹ Até o momento, votaram pela parcial procedência do pedido o Ministro Relator Luís Roberto Barroso e o Ministro Edson Fachin, e pela total improcedência os Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Celso de Mello. O Ministro Luiz Fux pediu vista quanto ao mérito, mas ao se discutir se a formação de maioria no sentido da improcedência gerava ou não a revogação da cautelar anteriormente deferida pelo Ministro Relator, suscitou-se uma questão de ordem, da qual o Ministro Dias Toffoli pediu vista. O STF admitiu dois

discute-se a constitucionalidade do Decreto n. 9.246/2017, firmado pelo ex-Presidente Michel Temer, concedendo indulto e comutação de penas. A Procuradora-Geral da República ajuizou a ação sob o argumento de que o Presidente da República não exercera a competência para a concessão de indulto em conformidade com a Constituição, tendo editado verdadeira norma descriminalizante. Três razões foram apontadas na petição inicial: (i) o indulto foi concedido a condenados que cumpriram frações pequenas da pena, que variavam entre um sexto e um quinto do total, (ii) abrangeu aqueles que sequer se encontravam em situação de encarceramento, (iii) perdoou também a pena de multa e (iv) aplicava-se a condenados não julgados em definitivo, casos em que não se poderia falar tecnicamente em condenação. Por isso, o decreto estaria em desacordo com os princípios constitucionais da separação dos Poderes, da individualização da pena e da proibição à proteção deficiente.

O caso foi ajuizado durante o recesso do ano de 2017, tendo a então Ministra Presidente Cármen Lúcia deferido *integralmente* o pedido de medida cautelar para suspender todos os dispositivos impugnados, sob o principal fundamento de desvio de finalidade. Após distribuído, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso proferiu decisão monocrática de grau criativo em matéria penal, com fundamento na necessidade de respeito à política criminal formulada pelo legislador (legalidade estrita e competência legislativa privativa da União), e nas razões apresentadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP – órgão técnico que assessora o Presidente da República quanto ao tema. Do conteúdo da decisão se extraem quatro principais determinações: (i) o estabelecimento do percentual mínimo de 1/3 de cumprimento de pena para a concessão de indulto, em substituição aos prazos de 1/6 a 1/5 da pena previsto no decreto; (ii) o condicionamento do indulto a um teto máximo de condenação de 8 anos, inspirado na série histórica de decretos publicados entre 1987-2016, apesar de o decreto impugnado não estabelecer nenhum limite máximo de condenação; (iii) a exclusão da possibilidade de indulto aos crimes indicados na decisão, como peculato, concussão, corrupção passiva, tráfico de influência, contra o sistema financeiro nacional, previstos na Lei de Licitações, de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, além dos listados na Lei de Organizações Criminosas e associação criminosa; (iv) a impossibilidade de concessão de indulto àqueles sem condenação definitiva.

pedidos de vista no mesmo caso, um referente ao mérito e outro à questão de ordem, embora o pedido regimental de vista refira-se *aos autos*.

Se comparada à primeira decisão da Ministra Cármen Lúcia, que suspendeu *integralmente* todos dispositivos impugnados, a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso é sem dúvida mais benéfica, já que autorizou parcialmente a concessão do indulto antes suspenso, *a não ser nas exceções por ele formuladas*. Ou seja, o universo de prejudicados diminuiu, embora os dois pronunciamentos correspondam a juízos prejudiciais aos réus. Dessa forma, a hipótese suscita uma terceira questão, mais sofisticada em relação à primeira: *em matéria penal não benéfica, a Corte deve limitar-se a decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou pode agir criativamente para diminuir, no conjunto, o prejuízo causado ao(s) réu(s)?*

Quarta pergunta. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, diz respeito à outra questão penal muito interessante e com impacto na proteção de direitos fundamentais: em razão da violência e do alto número de homicídios de homossexuais e de transgêneros no país, da insuficiência da resposta penal atual para o combate a esses crimes, e da omissão do Legislativo em aprovar a criminalização da homofobia, *pode o Supremo Tribunal Federal suprir a omissão e criar norma penal incriminadora para a proteção de uma das minorias mais vulneráveis do país?*

A resposta às duas últimas perguntas também é negativa. O STF não pode proferir decisões criativas em matéria penal *contra o réu, ainda que para diminuir seu prejuízo ou em nome de uma proteção insuficiente*, porque a criação penal maléfica atinge o direito fundamental à liberdade, se encontra no campo legalidade penal estrita e se refere a escolhas atribuídas pela Constituição aos órgãos democraticamente eleitos, estando inserida na margem de apreciação deixada ao legislador. A Corte deve se restringir às respostas clássicas de declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do ato normativo, com apelo ao legislador se entender necessário. No caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para a criminalização da homofobia, pode-se determinar a formulação de uma *resposta estatal* para o combate da prática maléfica à sociedade e as indivíduos, que não necessariamente será a *criminalização* da conduta. Não existe um mandado *expresso* de criminalização da prática na Constituição Federal, capaz de atrair a declaração de inconstitucionalidade por omissão. Na verdade, a Constituição de 1988 *nem proíbe, nem exige* a criminalização da homofobia, embora exija o combate às práticas discriminatórias. Essa é uma escolha política de responsabilidade do Congresso Nacional, não do Supremo Tribunal Federal. No caso do indulto, é certo que a doutrina reconhece a possibilidade de adoção de decisões judiciais criativas mesmo nas hipóteses de competência legislativa privativa e

discricionária, desde que observada a razoabilidade. E também é certo que o direito penal precisa ser eficaz e atingir o “andar de cima”, correspondendo a uma ferramenta importante para o combate à corrupção.

Por outro lado, tanto na criminalização da homofobia quanto no indulto, a legalidade estrita impede a normatização pelo Judiciário. A norma do art. 5º, XXXIX, da CF tem natureza de *regra constitucional*, devendo ser observada por todos os poderes constituídos, inclusive pelo Judiciário. O custo da não observância da regra é prejudicial não apenas para o réu, mas para a sociedade como um todo. O fundamento para a existência da legalidade estrita não se refere apenas ao princípio da não-surpresa ou à necessidade de as pessoas pautarem suas condutas com previsibilidade. Serve *também* para isso. Mas o principal fundamento da legalidade em matéria penal consiste na proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção, à garantia de que os direitos fundamentais servem como contenção ao exercício arbitrário do poder do Estado. É por isso, aliás, que a legalidade penal estrita se distingue da legalidade em outros campos do direito, que também exigem a observância de lei prévia, como o direito tributário e o direito eleitoral.

Em resumo, entendo que o Judiciário deve excluir do ordenamento qualquer lei ou ato normativo penal que estiver em desacordo com a Constituição, exortando o legislador a agir quando necessário, mas não pode conferir contornos distintos à política pública criminal contra o réu, em razão do óbice constitucional imposto pela legalidade penal estrita, fruto do princípio democrático. Tal como afirmado pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, é uma conquista do mundo civilizado que normas tão fundamentais como as que tipificam comportamentos criminosos e atribuem penalidades sejam resultado de um debate dinâmico entre as diferentes forças políticas e sociais, pois se não há controle de resultado, a deliberação pública e em público é a maneira mais adequada de garantir que o exercício do poder punitivo do Estado será realizado de acordo com parâmetros relativamente racionais, diminuindo-se os riscos de distorção por interesses particulares ou necessidades conjunturais³²².

³²² Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-420/2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Trivino, texto ligeiramente editado. E continua o acórdão: “*Este enfoque permite colocar las cosas en su punto: Si el legislativo es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de tipificación de conductas punibles y si el único límite que existe para el ejercicio de esa facultad está determinado por el sistema de valores, principios y derechos fundamentales previsto en el Texto Superior, el demandante no puede pretender que la Corte, a través de sus fallos, imponga el modelo de política criminal que ha de seguir el Estado pues sólo le está permitido confrontar con la Carta las normas legales que, habiendo sido demandadas, desarrollen ese modelo para retirar del ordenamiento aquellas que lo contraríen y mantener aquellas que lo respetan*”.

Em demandas penais prejudiciais aos réus existe reserva de lei e imposição constitucional de escolhas *ao Legislativo*, sujeitando-se os representantes eleitos ao controle político posterior.

3.2 Quando o Judiciário possui vantagem comparativa para criar: interesse direto dos demais Poderes e existência de conflito de interesses

Como defendido anteriormente, há zonas em que a atuação construtiva do STF *se impõe*, como na proteção de direitos fundamentais, por ser essa uma missão das cortes constitucionais; e outras em que a normatização pelas Cortes assume caráter preferencial, como na hipótese em que houver interesse direto ou conflito de interesses de membros e/ou de instituições. O estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra que a existência de interesse direto dos poderes majoritários na solução do caso concreto, ou de conflito de interesses entre a instituição e seus membros, é uma das principais matérias em que a Corte atua de forma criativa. São diversos os casos em que o Legislativo e/ou o Executivo eram diretamente interessados e que a decisão do STF *ou* iniciou uma cadeia decisória – levando à reação do poder antes inerte –, *ou* resolveu (até agora sem reação) questões de difícil consenso entre partidos, membros, instituição e sociedade civil. Em condições ideais as instituições deveriam agir, mas nas condições específicas contam com incentivos quase perversos à inação. Embora a legitimidade do Judiciário para a defesa de direitos fundamentais e para a garantia dos pressupostos da democracia não corresponda à uma novidade, a identificação dessas matérias representa a uma tentativa de definição de um parâmetro mais concreto em favor da atuação legislativa da Corte.

Há, nesses casos, uma vantagem comparativa do Judiciário, uma forte indicação, uma alteração de preferência de atuação legislativa. Não há dúvidas de que se encontram nesse grupo os julgamentos sobre estabelecimento de limites aos poderes das comissões parlamentares de inquérito, limitação do número de reedições de medidas provisórias, financiamento privado de campanha e sobre o rateio do fundo de participação dos estados. Em alguns deles a solução da Corte não gerou reações legislativas no Parlamento. Em outras, sim. A diferença entre reação ou recepção da decisão do Supremo Tribunal Federal está no impacto gerado na estrutura de incentivos institucionais, de que trata o *teste de incentivos* proposto no próximo tópico.

O interesse direto é mais fácil de ser sentido do que conceituado. De toda forma, um bom parâmetro é fornecido pelo Código de Processo Civil, que serve de inspiração e ponto de partida para a análise. No caso de juízes e tribunais, é a existência de interesse direto do órgão julgador que fundamenta o reconhecimento de impedimento ou de suspeição do magistrado, na forma dos arts. 144³²³ e 145³²⁴ do CPC, contando com regras específicas e relativa adesão de juízes e tribunais. Já o conceito de conflito de interesses se encontra positivado pelo art. 3º, I, da Lei nº 12.813/2013, que dispõe sobre o tema no âmbito do Poder Executivo Federal. Apesar de suas disposições valerem apenas para os detentores de cargos ou empregos públicos na administração pública direta e indireta federal, o conceito pode ser replicado para as demais instituições, pois densifica de forma genérica e abstrata a ideia de que o interesse privado não pode prevalecer sobre o interesse público na condução das funções públicas³²⁵. De acordo com o art. 3º, I, da Lei nº 12.813/2013, o conflito de interesses se refere à “*situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública*”³²⁶.

³²³ Art. 144, Código de Processo Civil: “Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado”.

³²⁴ Art.145, Código de Processo Civil: “Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes”.

³²⁵ Apenas para deixar claro: a frase não se refere ao autoritário “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular, que há anos a doutrina mais consentânea com a Constituição vem tentando desconstruir. Sobre o tema, confirmam-se os artigos da coletânea organizada por SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

³²⁶ O Banco Mundial considera como situações de conflito de interesses tanto aquelas que comprometem a imparcialidade do agente público, como aquelas que *podem* comprometer ou aquelas em que há *juízo fundado* nesse sentido (“founded opinion”). Banco Mundial. The act on the

É sintomático que exista um regime jurídico para prevenir e reprimir as situações de conflito de interesses no Judiciário e no Executivo, porém não no Legislativo³²⁷. Embora qualquer generalização seja imprópria, pode-se afirmar com acentuada chance de acerto que há interesse direto da maioria dos membros do Parlamento na ausência de regulamentação do conflito de interesses em relação aos congressistas. A existência de regras para as demais instituições e Poderes indica que algum regime de verificação de situações conflitivas deve existir em relação ao Legislativo. E, como o maior desafio de qualquer instituição é a detecção de conflitos de interesses *ex officio*, com falhas significativas no desenho que deixa aos seus próprios membros a tarefa de assumi-los, a solução passa pelo fortalecimento do sistema de freios e contrapesos, além de encontrar fundamento nos princípios republicano e democrático. A responsabilidade pelo exame de conflitos de interesses deve ser compartilhada.

Como analisado anteriormente, no julgamento sobre a vedação ao nepotismo, estava claro o interesse direto dos membros dos poderes majoritários na nomeação de parentes para cargos em comissão e funções de confiança. Era necessária, assim, a interferência do Judiciário na estrutura de incentivos então existente, que favorecia a inércia do Executivo e do Legislativo. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um verdadeiro regime jurídico para o funcionamento das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs, cujo tema não só era de interesse dos membros, como também do Congresso Nacional, do Poder Executivo e de entidades privadas. Na ausência de interesse em legislar e de acordos mínimos sobre os limites e os poderes próprios das CPIs, coube ao STF pronunciar-se sobre requerimentos de criação, composição, prazo de funcionamento, objeto de investigação etc³²⁸. Para citar um terceiro exemplo, a existência de interesse de partidos, candidatos, elites e poderes, e a criação de incentivos a favorecimentos entre candidatos e seus financiadores,

prevention of conflict of interest. Disponível em <https://publicofficialsfinancialdisclosure.worldbank.org>. Acesso em 15 jan. 2019.

³²⁷ Sobre o tema, reproduzo a observação de Anna Cândida Ferraz: “a dificuldade em legislar sobre *relações políticas* não está só no seu *objetivo*, bastante instável e mutável, conforme as exigências políticas, mas também na ausência ou inexistência de uma sedimentação doutrinária”. FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 198.

³²⁸ Ver BARROSO, Luís Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Revista Jurídica Virtual da Presidência*. Brasília, vol. 2, n. 15, ago. 2000. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1001/985>. Acesso em 15 out 2018.

justificou a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux, que proibiu o financiamento privado de campanhas³²⁹.

O parâmetro deve ser aplicado ao próprio STF para afastar a possibilidade de decisões criativas do Tribunal em caso de interesse direto do Judiciário, como no famigerado caso do auxílio-moradia (AO 1.773, Rel. Min. Luiz Fux). Nesse contexto, também por esse fundamento, a decisão monocrática do então Presidente da Corte Joaquim Barbosa, que deferiu medida cautelar na ADI 5.017, Rel. atual Min. Luiz Fux, para suspender uma Emenda à Constituição que criava os Tribunais Regionais Federais das 6^a, 7^a, 8^a, e 9^a Regiões, não poderia ter sido proferida. Suspender uma Emenda à Constituição por decisão monocrática, no exercício de uma competência que o STF se autoatribuiu, já deveria causar reações enérgicas da comunidade jurídica. Com fundamento em uma suposta “competência privativa do Judiciário” para dispor sobre a matéria, quando nem sequer possui poder de iniciativa de emendas constitucionais, ainda mais grave. E ainda no interesse direto do Judiciário, como admitido expressamente pelo Ministro Joaquim Barbosa inadmissível. A decisão monocrática permanece em vigor desde julho de 2013, tendo o processo sido retirado da pauta do mês de junho de 2018 a pedido do Relator atual, Ministro Luiz Fux. O parâmetro é bom, mas deve servir para todos.

3.3 Quando o Judiciário está na zona de incerteza: incidência de *testes institucionais*

Vivemos um momento de *hardball*³³⁰ institucional, de jogo duro, que não se enquadra na descrição clássica de crise constitucional. O mal-estar constitucional, nas palavras de Oscar

³²⁹ A ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face de dispositivos da Lei nº 9.504/97 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) e da Lei nº 9.096/95 (Lei das Eleições), sob o principal argumento de que os limites até então existentes ao financiamento privado de campanha violavam os princípios constitucionais da igualdade, da democracia e da República, potencializando a influência do poder econômico sobre o processo político.

³³⁰ O professor Mark Tushnet refere-se a “constitutional hardball” como “*political claims and practices (...) that are without much question within the bounds of existing constitutional doctrine and practice, but that are nonetheless in some tension with existing pre-constitutional understandings*”. TUSHNET, Mark. Constitutional hardball. *The John Marshall Law Review*, vol. 37, n. 2, 2004. Disponível em <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12916580/Constitutional%20Hardball%2037%20J.%20Marshall%20L.%20Rev.%20523%20%282004%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 jan. 2019.

Vilhena, representa uma forte turbulência, “*marcada por uma escalada de jogadas constitucionais cada vez mais duras, pelas quais atores políticos e institucionais passaram a se utilizar de seus mandatos e prerrogativas para alterar as relações entre os poderes estabelecidos. Para aumentar a complexidade da questão, essas jogadas pesadas, ou estocadas institucionais, que perduram no tempo e geram círculos de retaliação, vêm sendo empregadas ora na proteção da ordem constitucional, ora apenas com o objetivo de infligir derrotas aos adversários, evadir-se de suas responsabilidades legais ou simplesmente ampliar o poder dentro do sistema constitucional*”³³¹.

A interpretação jurídica em geral, e a interpretação constitucional em específico, não podem descuidar do *elemento institucional*. A teoria das capacidades institucionais é uma tentativa nesse sentido. Mas outras questões devem ser levantadas, a fim de estabelecer parâmetros para a atuação judicial, principalmente naquelas matérias em que não se verifica a vantagem comparativa do Judiciário para proferir a decisão inicial, nem sua total inaptidão para intervir. O mais difícil é construir uma metodologia aplicável à zona de incerteza, que responde pela grande maioria dos casos. A elaboração de testes institucionais é uma proposta para orientar a atuação de juízes e tribunais quando a resposta não está descrita na norma, nem dela decorre implicitamente, exigindo criatividade judicial.

Proponho testes prévios à atuação criativa do Judiciário. O Judiciário, em muitos casos, não possui o equipamento necessário para a tomada de decisão e uma solução unilateral pode ser mais prejudicial a médio ou longo prazo, o que demanda das cortes uma verificação dos efeitos sistêmicos de suas decisões (*teste democrático-institucional*). O resultado da interpretação tampouco pode afetar negativamente os canais de diálogo que sustentam o equilíbrio das relações entre os poderes, devendo deixar uma margem para revisão, superação, ou modificação pelo Parlamento. Nem alterar o sistema constitucional de controles recíprocos, o que envolve tanto a necessidade de manutenção dos controles ou dos *checks*, como a permanência de mecanismos de equilíbrio e de incentivos à cooperação institucional, como os *balances*. A finalidade aqui é estabelecer uma cadeia decisória e evitar possíveis hegemonias de um poder sobre os demais (*teste dialógico*).

Por fim, a própria cadeia de incentivos institucionais de decisão deve ser considerada, porque ainda que o Judiciário não possua uma vantagem comparativa para decidir, mas sua

³³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 67.

atuação tenha sido necessária em razão da inércia ou do bloqueio causado pela instituição que deveria ter agido em primeiro lugar, a Corte deve se preocupar em gerar incentivos para que o poder constitucionalmente responsável saia da condição de inércia (*teste de incentivos*). Até mesmo as decisões judiciais proferidas em processo *individuais*, no interior do país, possuem aptidão para firmar teses que alimentarão processos de massa, como ocorre em matérias previdenciárias. Em todos os casos, deve-se buscar recolocar o sistema nos trilhos, sem descuidar da proteção de direitos. Se a inércia de instituições e dos poderes majoritários é real e o Judiciário é parte da solução, uma atuação *gerencial* do Judiciário, desde o início, pode ser institucionalmente mais eficaz do que a mera repetição automática de sentenças e acórdãos.

As questões institucionais precisam entrar na pauta jurídica. Os efeitos das manifestações de 2013 no sistema político ainda não foram totalmente identificados, mas certamente envolvem uma alteração no padrão de tomada de decisão. Não é demais lembrar que, há pouco tempo atrás, vozes surgiram em defesa de uma nova constituinte e do esgotamento da Constituição de 1988. Com humildade, o Judiciário precisa admitir que parte do apontado *esgotamento* decorre da forma como a Constituição vem sendo interpretada e aplicada, da visão de que os poderes são adversários (e, algumas vezes, inimigos), e dos riscos gerados pelo alinhamento direto entre o Judiciário e as opiniões pública e *publicada*. Uma mudança de mentalidade de juízes e tribunais não virá sem resistência, mas é preciso começar de algum ponto. Com certa ousadia, a proposta dos testes institucionais vem nessa direção. A manutenção do ideal democrático – e, quiçá, da própria Constituição de 1988 –, depende da proteção de direitos. Mas jamais dependeu tanto do bom funcionamento do sistema de freios e contrapesos.

3.3.1 Teste democrático-institucional: *adequação* entre a decisão do STF e os limites democráticos e de capacidade institucional

O primeiro teste envolve democracia e capacidade institucional, remetendo o leitor para o primeiro capítulo desse trabalho. Como afirmado, a democracia não exclui, de plano, a possibilidade de criação de normas pelo Poder Judiciário, mas impõe limites para a atividade, além de maior ônus argumentativo e transparência, de forma a permitir o controle posterior pelas instâncias majoritárias e pela sociedade. Em paralelo, o argumento das capacidades

institucionais realiza um filtro sobre as decisões que de fato devem ser tomadas pelo Judiciário, apontando para a necessidade de devolução de determinadas questões às instâncias técnicas ou majoritárias. É particularmente importante em decisões de conteúdo criativo, porque o Judiciário só deve ser o primeiro a estabelecer a regulação para determinado caso ou conjunto de casos, se for o mais capacitado dentre todas as instituições capazes de fornecer a resposta. Um resultado pró-Judiciário de análise comparativa de capacidades institucionais (entre Legislativo e Judiciário, por exemplo) qualifica a tomada de decisão e aumenta sua legitimidade, contrabalançando o déficit democrático.

Há uma relação direta entre democracia e capacidade institucional, razão pela qual o teste é mais amplo e não se confunde com a teoria das capacidades institucionais. O teste democrático-institucional destina-se a responder à pergunta sobre a adequação entre o pedido formulado ao Supremo Tribunal Federal e as habilidades e limites da Corte, sem descuidar do impacto sobre o ideal democrático. Dessa forma, representa um *duplo juízo de adequação*: entre o que a democracia impõe e o que a democracia impede, bem como entre o tipo de decisão a ser formulada e o equipamento à disposição da Corte para tomar aquele tipo de decisão. A análise, nesse último caso, é comparativa em relação aos demais poderes aptos a decidir e também deve considerar os efeitos sistêmicos a serem produzidos. Se os dois resultados de adequação forem positivos, haverá forte indicação para a atuação criativa do Judiciário, podendo-se partir para os demais testes.

Essa primeira etapa se destina a responder perguntas ligadas à democracia, tais como: A criação judicial terá impacto sobre a norma constitucional ou sobre a legislação ordinária? A necessidade de regulamentação da matéria se encontra em discussão perante os órgãos majoritários? Envolve a criação de uma regra de exceção a uma norma elaborada com ampla participação popular? Diz respeito a direitos fundamentais e pressupostos da democracia? Há interesse direto ou conflito de interesses entre os membros dos poderes eleitos e o resultado da questão? Um apelo ao legislador, com estabelecimento de diretrizes e prazos, não seria a melhor decisão a tomar?

Envolve, ainda, a consideração de questões relacionadas à capacidade institucional da Corte: O Judiciário é o poder mais habilitado para produzir a melhor decisão no caso concreto ou em um conjunto de casos, comparativamente aos demais? Quais os efeitos sistêmicos ou indesejáveis que a decisão pode gerar? Universalizada a decisão para todos aqueles que supostamente poderiam ser por ela beneficiados, qual o impacto para a sociedade e para o

Estado? Trata-se de questão técnica, científica ou complexa, sobre a qual o Judiciário não possui condições de decidir? Há necessidade de chamamento público de *amicus curiae* ou de realização de audiências públicas?

São muitas as perguntas, mas a dificuldade da criação judicial as impõe. Nem todas serão aplicadas em todos os casos, e haverá outros que demandarão a análise e formulação de diferentes questionamentos. Utilizando como exemplo alguns julgados já descritos e comentados ao longo desse trabalho, o julgamento que inseriu na Constituição mais um caso de perda de mandato parlamentar em caso de infidelidade partidária (MS 26.604, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia) não responde de forma positiva a essas questões. Nem o julgamento sobre a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, na parte em que inseriu no ordenamento “salvaguardas constitucionais” contra os índios (PET 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. atual Min. Luís Roberto Barroso). Por outro lado, o julgamento que inseriu no Código Penal uma excludente de tipicidade dos crimes tipificados nos arts. 124, 126 e 128, I e II, nas hipóteses de interrupção terapêutica do parto no caso de gravidez de fetos anencefálicos (ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio), bem como o que concluiu pela vedação ao nepotismo (ADC 12/DF, Rel. Min. Ayres Britto), passam no teste democrático-institucional.

3.3.2 Teste dialógico: *necessidade* de manutenção dos canais de diálogo e do sistema de controle recíproco entre os Poderes

A força do segundo teste está na necessidade de a decisão criativa do Judiciário manter o diálogo entre os poderes e não interferir no sistema constitucional de freios e contrapesos. A instituição indicada pelo teste democrático-institucional – seja o Judiciário, o Parlamento, uma Agência Reguladora, o INSS *etc.* – ocupa apenas o primeiro lugar na cadeia dos legitimados a se manifestarem sobre a questão, sendo necessário que o modo como essa manifestação na prática se dará gere (ou, ao menos, não impeça) uma interlocução entre todas as instituições da cadeia decisória, possibilitando e mantendo o *diálogo institucional*.

O ponto tem relação com a teoria dos diálogos institucionais, mas com ela não se confunde. A teoria dos diálogos institucionais apresenta uma resposta normativa diversa para a pergunta sobre “quem deve ter a última palavra sobre o conteúdo da Constituição”,

concluindo pela inexistência, *a priori*, nem de supremacia parlamentar, nem de supremacia judicial, prescrevendo uma terceira via qualificada pelo diálogo entre as instituições³³². Se inexistente prerrogativa nem do Judiciário, nem do Parlamento, para dar a última palavra sobre a Constituição, a atuação judicial representaria apenas uma “última palavra provisória”, para usar a expressão que indica o fim de uma rodada procedimental³³³, sem exclusão de outras.

O teste dialógico não se confunde com a teoria dos diálogos institucionais, embora tenha por finalidade ressaltar a mesma conclusão: a de que a decisão do Judiciário, ainda que mais habilitado, deve manter um diálogo ou pelo menos não obstruir o canal de interação entre as instituições. Não se refere apenas à afirmação de que o Supremo Tribunal Federal não possui a última palavra sobre o sentido da Constituição, mas também à necessidade de manutenção da estrutura constitucional de controle recíproco entre os Poderes. O teste dialógico, portanto, tem dupla finalidade: (i) alertar para a possibilidade de novos pronunciamentos de outras instituições sobre a matéria, que podem implicar reversão, modificação ou anulação da decisão judicial, desde que não haja afronta a direitos fundamentais; e (ii) impedir a alteração da posição original de equilíbrio entre os Poderes, mantendo os incentivos do desenho institucional à cooperação. Como o desenho institucional do Judiciário lhe garante independência judicial e insulamento político, não prevendo *checks* sobre sua atuação, a supressão dos *balances* corresponderia a uma interferência indevida na estrutura dialógica de contenção de poder e, em última análise, a uma mudança ilegítima nas regras do jogo democrático.

O voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento que reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto), traz preocupação dialógica e representa o tipo de teste que aqui se deseja multiplicar:

³³² Sobre o tema, confirmam-se BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017 e MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento, São Paulo, 2008.

³³³ De acordo com o autor, uma rodada procedimental “(r)efere-se ao circuito decisório entre os poderes até chegar a uma decisão final. Este caráter ‘final’, porém, é também relativo e não escapa de uma inevitável provisoriedade, pois o mesmo tema pode renascer no domínio da deliberação política posteriormente, em intervalos maiores ou menores”. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento, São Paulo, 2008, p. 13 (nota de rodapé n. 37).

a decisão do Supremo não significa óbice à atuação do Poder Legislativo. Pelo contrário, a nossa decisão deve ser entendida como um imperativo de regulação da união homoafetiva, como decorrência da necessidade de concretização de um dever de proteção de direitos fundamentais relacionados a essa relação jurídica. Trata-se de um estímulo institucional para que, de fato, as mais diversas situações jurídicas que envolvem a união entre pessoas do mesmo sexo venham a ser disciplinadas.

A ampliação do rol de competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal é exemplo de decisão criativa não dialógica porque, ao expandir os poderes da Corte, interfere negativamente no sistema de controle recíproco. A isso não equivale dizer que o Tribunal não possua atribuição para interpretar as competências que lhe foram conferidas pela Constituição de 1988, porque essa tarefa encontra fundamento na margem de apreciação processual das Cortes. A questão é inserir no art. 102 da Constituição outras competências não expressamente previstas pelo constituinte. A possibilidade de revisão constitucional de emendas à constituição é um exemplo, tendo sido contruída por interpretação do próprio Supremo Tribunal Federal. Se em muitos casos a competência pode ser justificada por inferência constitucional das cláusulas pétreas, em outros não possui qualquer fundamento constitucional, como na decisão monocrática que suspendeu a EC 73/2013 (ADI 5.017, Rel. atual Min. Luiz Fux). O simples fato de a Constituição de 1988 prever cláusulas pétreas não significa que o STF tenha competência ampla e irrestrita para o controle de constitucionalidade de toda e qualquer emenda à Constituição. Como pontuado por Sérgio Abranches, a necessidade de edição de emendas à constituição coloca o Judiciário em posição superior a dos poderes majoritários, correspondendo a um dos problemas da nova versão do presidencialismo de coalizão, pois exige a formação de coalizão superior à maioria simples – que, se em um cenário de pluripartidarismo já é difícil de se atingir, aumenta substancialmente os *custos de manejo*³³⁴.

O teste dialógico representa, assim, uma tentativa de concretizar no dia-a-dia de juízes e tribunais o ideal normativo de inexistência de supremacia judicial, acrescentando aos questionamentos sobre os efeitos sistêmicos da atuação do Judiciário, aqueles referentes ao impacto de suas decisões também sobre as demais instituições e sobre o desenho original de freios e contrapesos.

³³⁴ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 88.

3.3.3 Teste de incentivos: *proporção* entre os incentivos gerados pela decisão e o fim da inércia ou o desbloqueio dos poderes majoritários

O professor Luís Roberto Barroso qualifica a judicialização como um *fato* inelutável, não como uma opção política do Judiciário, que decorreria do desenho institucional da Constituição de 1988. De todo modo, como também afirma, é um fenômeno de *transferência de poder* das instâncias majoritárias para o Poder Judiciário³³⁵, o que atrai a necessidade de mecanismos para seu desestímulo. Ainda que a abrangência do texto da Constituição de 1988 e a previsão do controle de constitucionalidade favoreçam a solução das mais diversas demandas individuais, sociais e políticas pelo Judiciário, há uma alta dose de opção política por trás disso. As teorias de comportamento judicial só comprovam essa afirmação.

O protagonismo do Judiciário gera incentivos negativos para os demais Poderes, às vezes colocando as instâncias eleitas em situação hierarquicamente inferior, às vezes favorecendo sua omissão, pois deixar de debater e regulamentar questões polêmicas evita riscos políticos e desgastes com o eleitorado. Em um caso ou em outro, a judicialização desestimula o Legislativo e o Executivo a exercerem suas funções constitucionais de maneira adequada. Dessa forma, ao lado do teste democrático-institucional e do teste dialógico, é preciso examinar os incentivos e contraincentivos que as decisões judiciais geram para o fim da inércia e para a assunção de responsabilidades políticas pelos poderes eleitos. Juízes, legisladores e administradores são pessoas que estruturam suas ações a partir de estímulos do mundo externo, tanto em matéria política, quanto nas questões de direito.

A isso não corresponde a defesa de uma visão mecanicista da Constituição, nem uma legitimação decorrente apenas de questões procedimentais. O primeiro teste é um alerta contra isso. A proposta é investigar e sugerir um método que adicione ao processo de tomada de decisão argumentos relacionados às interações institucionais, além dos argumentos formais e substantivos, sem hierarquia entre eles. Haverá casos em que a análise não será possível. Mas uma atuação criativa deve buscar gerar incentivos para acabar com a inércia dos poderes majoritários, não para estimulá-la. Essa análise é difícil de ser realizada, mas alguns exemplos

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

podem ser utilizados para demonstrar o ponto: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre (i) a regulamentação do aviso prévio proporcional (MI 943, Rel. Min. Gilmar Mendes); (ii) o rateio do fundo de participação dos estados (ADI 875, ADI 1987, ADI 3243 e ADI 2727, Rel. Min. Gilmar Mendes); (iii) a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencefálico (ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio); e (iv) o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto).

Os casos da anencefalia e das uniões homoafetivas já foram descritos ao longo do trabalho, mas os demais merecem um pequeno registro. No julgamento do mandado de injunção impetrado em razão da omissão do Legislativo em regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o Ministro Relator Gilmar Mendes indicou adiamento do feito para consolidar as propostas dos Ministros para a regulamentação da matéria. Nesse ínterim, em prazo recorde, foi publicada a Lei 12.506/2011, que finalmente disciplinou o instituto. Nas ADIs relativas ao fundo de participação dos estados, o STF não apenas declarou a inconstitucionalidade do art. 2º e do anexo da Lei Complementar 62/89, por inobservância do art. 161, II, da CF, como determinou a cessação de seus efeitos no prazo de dois exercícios financeiros, a contar do seguinte (2011). A LC 62/89 deveria ter vigorado até 1992, ocasião em que o censo do IBGE reorientaria a distribuição, mas se manteve por mais de vinte anos, com os mesmos coeficientes de rateio, gerando reação de diversos estados. Após a fixação de prazo para cessação de sua eficácia, o Congresso Nacional aprovou a LC 143/2013. Comparados os quatro casos, por que os julgamentos da anencefalia e das uniões homoafetivas não geraram reação legislativa, e os casos do aviso prévio proporcional e do fundo de participação dos estados tiraram o Legislativo da inércia?

Uniões homoafetivas e antecipação do parto em caso de anencefalia são temas bloqueados no Parlamento: há iniciativas para regulamentá-los, mas o veto é exercido de forma sistemática, impedindo a manifestação do poder que possui a iniciativa legislativa. Os parlamentares não possuem incentivos para votar temas de profundo desacordo moral na sociedade porque perdem o voto do seu próprio eleitorado e não conquistam os votos de eleitorados alheios. Considerado o quadro, o Supremo Tribunal Federal decidiu. E agiu bem. Possível tentativa de superação deverá levar em consideração as razões empregadas pelo Tribunal e as manifestações levadas à Corte. No caso do aviso prévio proporcional, diversas proposições legislativas se encontravam em trâmite no Parlamento, sem estímulos para votação da matéria, principalmente em tempos de ausência de governabilidade. Com a sinalização do STF de que viria a estabelecer critérios para a fruição do direito

constitucionalmente previsto, a respeito do qual não há desacordos morais ou grandes questionamentos, o Legislativo não perdeu a oportunidade de agir estrategicamente e fazer uma bondade. Não necessariamente houve adesão, mas uma escolha orientada pelo incentivo gerado pela discussão do Supremo Tribunal Federal. Em questões assim, o Supremo deveria primeiro instar o poder legítimo a agir, ainda que orientado por alguns critérios e diretrizes, porque não há bloqueio ou chance real de insubordinação contra o conteúdo da decisão.

Já o fundo de participação dos estados representa matéria de divisão de poder e envolve a *questão regional*, de alta sensibilidade política. Mas isso não foi suficiente para elaboração de novos critérios de rateio pelo Parlamento, que permaneceu inerte por mais de vinte anos. Nesse caso, o tipo de decisão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal atingiu em cheio os incentivos inerciais: a associação da declaração imediata de inconstitucionalidade da lei impugnada com o estabelecimento de um prazo para a edição da nova lei complementar poderia inviabilizar o FPE, o que demandava uma ação Congresso. O custo político de edição da lei passou a ser menor que o custo da inércia, possibilitando que o Parlamento finalmente agisse. Esse cálculo é muitas vezes ignorado pela Corte e o teste de incentivos é uma tentativa de chamar a atenção para a importância do problema, notadamente em matéria política, que a Corte qualifica como *interna corporis* do Parlamento e não interfere. Nem toda interferência é indevida.

CONCLUSÃO

As ideias desenvolvidas ao longo do trabalho podem ser reconduzidas, em síntese, às proposições objetivas que se seguem:

1. A forma de atuação das cortes constitucionais se modificou radicalmente ao longo dos anos, principalmente no pós-guerra, sendo influenciada por princípios como o da conservação da norma e o da prevalência dos direitos humanos. No mundo contemporâneo, todas atuam, em maior ou menor grau, na criação de normas para a solução de um caso concreto, sem que isso necessariamente configure ofensa à Constituição ou invasão do campo de atuação do legislador ordinário ou do constituinte.
2. No Brasil, pode-se afirmar que a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal é resultado (i) da amplitude do texto da Constituição de 1988, que qualificou diversos temas do cotidiano ordinário como pretensões constitucionalmente exigíveis; (ii) do desenho institucional do STF, que ao mesmo tempo funciona como corte constitucional, tribunal de última instância recursal e instância ordinária em matéria penal; e, por fim, (iii) do comportamento judicial de seus Ministros.
3. A normatização por juízes e tribunais é apontada como o *novo papel das cortes do mundo*, merecendo análise e formulação de limites. Nesse contexto, é correto afirmar que existe *algum grau de atividade legislativa na função jurisdicional*, mas que isso não a torna equiparável à função legislativa exercida pelo Parlamento. Juízes e legisladores podem inovar, mas estão sujeitos a limites diferenciados e margens de conformação distintas. Por isso, embora exista um ponto em qualificar o Supremo Tribunal Federal como “legislador positivo”, a correspondência entre o tribunal e o legislador não é correta, devendo-se evitar a expressão.
4. A atuação criativa do Supremo Tribunal Federal não encontra obstáculo no dogma do legislador negativo ou na doutrina da separação de poderes. A construção kelseniana não pode ser validamente aplicada no direito constitucional brasileiro, por total ausência de seus pressupostos de incidência. Além disso, a releitura do princípio da separação de poderes pelo constitucionalismo contemporâneo adiciona outras preocupações ao ideal de contenção do

arbítrio, como a legitimação democrática do governo, a eficiência da ação estatal e a exigência de arranjos institucionais que tutelem os direitos fundamentais e a democracia. Deve-se buscar a melhor engenharia institucional, a indicação do órgão ou do poder estatal mais constitucionalmente adequado para promover os valores ínsitos à nova separação de poderes, desde que não haja abusos.

5. Há dois principais limites à normatização pelo Judiciário: a democracia e a análise das capacidades institucionais. Juízes não são legisladores, nem mesmo nas hipóteses em que criam normas. Diante de um Legislativo em bom funcionamento, a regra é a de que a discussão de direitos deve ocorrer na arena democrática. Entretanto, a intervenção do Judiciário pode se justificar a partir de uma relação inversamente proporcional com a *estabilidade democrática*. Ou seja, a disfuncionalidade de pontos importantes do regime democrático podem atrair a necessidade de maior desempenho judicial, sem que isso corresponda a uma atuação ilegítima.

6. Além disso, o argumento das capacidades institucionais aponta para a necessidade de uma análise prévia, concreta e comparativa dos vícios e virtudes de cada uma das instituições capazes de resolver o problema em questão, e sobre os efeitos sistêmicos que podem ser gerados pela decisão, incluindo possíveis falhas, erros, e o impacto sobre os demais Poderes e órgãos estatais. O produto dessa análise pode, assim, indicar uma maior ou menor deferência do Judiciário aos poderes majoritários.

7. O impacto do novo papel normativo das cortes constitucionais é produzido sobre três principais áreas: (i) nas normas constitucionais, com influência no poder constituinte originário e derivado; (ii) na legislação infraconstitucional, seja ao adicionar, reduzir ou substituir provisões, seja ao decidir sobre a produção de efeitos temporais das leis, seja na ausência de legislação, suprimindo a omissão total ou parcial do legislador ordinário; e (iii) no processo constitucional, notadamente na criação de novas técnicas de decisão.

8. Em primeiro lugar, as decisões criativas do STF produzem efeitos sobre as normas constitucionais, por exemplo, ao (i) integrar o conteúdo das disposições constitucionais, ao (ii) resolver disputas federativas entre órgãos estatais, ao (iii) apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição, ou ao (iv) exercer legitimamente a chamada mutação constitucional. O segundo campo de incidência de decisões de cunho criativo do Supremo Tribunal Federal diz respeito principalmente ao exercício do controle de constitucionalidade das leis, já que o

papel de interpretar e verificar a compatibilidade e a efetividade de leis e atos normativos com a Constituição Federal produz, por natureza, efeitos sobre a legislação infraconstitucional. Em terceiro lugar, a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal repercute também em sede processual, com a criação de novas técnicas de decisão e de soluções processuais eficazes para a consecução das finalidades constitucionais.

9. Quanto ao último ponto, a criação também pode ser explicada pela existência de certa *margem de apreciação processual* das cortes constitucionais, ou seja, um espaço de liberdade para a configuração e conformação do processo constitucional, com a criação de princípios e regras processuais complementares, em respeito às especificidades da jurisdição constitucional. O processo constitucional não segue a lógica da teoria geral, estruturada para a solução de conflitos privados, e busca a consecução de finalidades estabelecidas pelo próprio constituinte. A partir da constatação de que, no caso concreto, a aplicação de institutos e formalidades tal qual previstos pelo direito processual não produz o melhor resultado constitucional, busca-se a resposta processual *eficaz* para a concretização das finalidades constitucionais, com vocação de estabilidade e de aplicação a casos futuros.

10. A inovação pode ser verificada a partir da consagração de técnicas de decisão que evitam ao máximo a declaração de inconstitucionalidade das normas, prestigiando-se a sua conservação e a atuação do legislador ordinário. Ao invés de decidir apenas entre a rejeição ou o acolhimento do pedido de inconstitucionalidade, o Supremo tem buscado determinar quais as interpretações da norma são compatíveis com a Constituição; ou promover a alteração normativa capaz de torná-la constitucional; ou mesmo adicionar o conteúdo necessário para afastar sua inconstitucionalidade.

11. A criação normativa pelo Supremo Tribunal Federal foi possibilitada por vários fatores. Um deles corresponde à positivação da modulação temporal dos efeitos da decisão de *inconstitucionalidade* pela Lei nº. 9.868/1999, que não apenas institucionalizou uma prática que lhe antecedia, estabelecendo quórum e parâmetros de aplicação, *como relativizou, por lei, o dogma da nulidade da lei inconstitucional*. A maior consequência da positivação da técnica da modulação temporal de efeitos foi possibilitar que o Supremo Tribunal Federal questionasse abertamente os efeitos de suas decisões e, em alguns casos, até mesmo revisitasse a teoria da nulidade da lei inconstitucional.

12. O Tribunal criou, por exemplo, a decisão paramétrica de constitucionalidade, a modulação de efeitos *subjetivos*, a modulação da declaração de *constitucionalidade*, a modulação da *não-recepção* e a declaração incidental de inconstitucionalidade em controle abstrato, com efeitos vinculantes. Por outro lado, nem sempre utiliza a modulação temporal de efeitos em seu rigor técnico, pois a técnica não se confunde com a *convalidação da inconstitucionalidade*, tipo de decisão que já foi tomada mais de uma vez pelo Supremo Tribunal Federal sob o invólucro de “modulação temporal”.

13. Outro fator que fomenta respostas diferenciadas e criativas do Supremo Tribunal Federal diz respeito à fiscalização mais ampla de constitucionalidade hoje realizada pela Corte. Ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos soma-se, nos dias atuais, o *controle de efetividade* da própria Constituição. A regulamentação da ADPF pode ser apontada como marco dessa mudança, já que o tipo de resposta exigido da Corte via ADPF não se encontra especificamente previsto na lei, tais quais os provimentos normativos possíveis em uma ação direta de inconstitucionalidade ou em uma ação declaratória de constitucionalidade. O Judiciário deve “sanar a lesão a preceito fundamental”, mas a lei propositadamente não estabelece *como* isso deve ser feito, o que leva a construções mais elaboradas e sofisticadas do Supremo Tribunal Federal.

14. Considerando que a normatização pelo STF é um fato e apenas mais um exemplo do que está acontecendo nas demais cortes constitucionais do mundo, o exercício legítimo da competência normativa passa a ser medido a partir do respeito aos limites impostos à criação judicial. Dessa forma, a pergunta a ser respondida passa a ser *em que medida o Supremo Tribunal Federal pode criar uma norma para a solução de um caso concreto, sem invadir a esfera de atuação democrática dos poderes eleitos?* A primeira resposta que se propõe a essa pergunta coincide com o fundamento para a atuação normativa das cortes: a criação judicial do direito é legítima quando em jogo a promoção e a proteção dos direitos fundamentais.

15. No caso brasileiro, a normatização pelo Supremo Tribunal Federal decorre tanto da missão das cortes constitucionais de protegerem direitos fundamentais, como do desenho da Constituição de 1988, que prevê fundamento autônomo para a atividade judicial criativa em defesa de direitos fundamentais: o mandado de injunção. No Brasil, portanto, a Constituição de 1988 admite a supressão de omissões constitucionais violadoras de direitos fundamentais, relativas ou totais, via mandado de injunção ou com fundamento na norma de competência

inferida do dispositivo, sem a necessidade de existência de solução prévia constitucionalmente obrigatória (*a rime obbligate*).

16. Para auxiliar o debate sobre o tema, defendo que (i) há zonas em que a atuação construtiva do STF *se impõe*, como na proteção de direitos fundamentais e das regras do jogo democrático (missão constitucional); (ii) há matérias em que o Poder Judiciário possui *preferência* para atuar criativamente, como na existência de interesse direto dos demais poderes constituídos ou de conflito de interesses entre as instituições e seus membros (preferência constitucional); (iii) há zonas em que o STF *não* pode atuar criativamente, sob pena de subversão do texto constitucional, como na criação de normas penais *contra o réu* (vedação constitucional pela regra da legalidade penal estrita); e (iv) há uma enorme zona de incerteza de atuação, sobre a qual incidem determinados testes institucionais.

17. O Supremo Tribunal Federal já exerce o papel criativo como qualquer outra corte constitucional, mas lhe falta empregar o referencial técnico compatível com o conteúdo das decisões que vem proferindo. O diagnóstico atual é que, na ausência desse arsenal processual próprio, utiliza-se o que mais próximo se tem à disposição. Quanto ao ponto, a doutrina começou a identificar que a técnica da interpretação conforme à Constituição, ontologicamente interpretativa, estaria servindo para ampliar ou modificar o conteúdo da lei, não se limitando à determinação do sentido e do alcance da norma. O que se acompanha na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é sintomático da assunção do papel criativo da Corte: a invocação da técnica da interpretação conforme como tentativa de ocultar decisões de cunho fortemente criativo, o que denominei de *pseudo-interpretação conforme à Constituição*.

18. O que o STF muitas vezes rotula de interpretação conforme à Constituição corresponde à prolação de sentenças criativas, à inovação legislativa, ou àquilo que a doutrina e a Corte Italianas conhecem como “sentenças manipulativas”. A ideia adjacente à “manipulação” coincide, exatamente, à criação judicial para além das possibilidades do enunciado normativo, apesar de o texto permanecer intacto. Seria *contra legem*, porém *secundum constitutionem*. Em síntese, se a decisão não se restringe a interpretar determinado dispositivo – indicando-lhe o sentido e alcance –, e se de alguma forma inova o ordenamento jurídico, será qualificada como manipulativa.

19. Mas em razão da falta de uniformidade no uso da nomenclatura e, muitas vezes, da utilização de nomes idênticos para qualificar situações diferentes, a adoção dessas categorias de decisão gera a necessidade de a Corte preliminarmente apontar o conceito que está “por trás” do código utilizado, indicando também a presença de seus pressupostos. Do contrário, não se saberá exatamente à qual categoria aderiu, porque o *nome* não traz consigo um acordo doutrinário mínimo.

20. O segundo problema ínsito à adoção da categoria italiana das *decisões modificativas aditivas* como resposta para a sistematização dos novos tipos de decisão do Supremo Tribunal Federal refere-se ao pressuposto de sua existência, *tal como aplicadas e teorizadas pelo direito comparado*: as decisões manipulativas aditivas são proferidas apenas e tão somente quando verificada uma omissão *parcial*.

21. Não é apenas uma questão de nomenclatura, mas de ausência de fundamento para a importação da categoria para a qualificação das decisões do Supremo Tribunal Federal que resolvem, por exemplo, a omissão total – chamando-se pelo mesmo nome técnicas de decisão ontologicamente diferentes. O tribunal constitucional italiano só está autorizado a suprir a lacuna via decisão aditiva se (e somente se) a *omissão relativa inconstitucional do legislador* puder ser colmatada a partir de uma *solução constitucionalmente obrigatória (a rime obbligate)*, ou seja, quando a normatização judicial não envolver a realização de escolhas discricionárias pela Corte e constar de forma expressa na constituição.

22. A decisão do STF que resolve uma omissão legislativa total não se adequa aos moldes das aditivas italianas porque ausentes seus pressupostos: não existe uma norma a ser manipulada, nem uma omissão parcial, e tampouco uma (única) solução constitucionalmente obrigatória. Além disso, as categorias manipulativas tampouco conformam os tipos de resposta exigidos pelo controle de efetividade da Constituição. Por não dizerem respeito ao controle de *normas* propriamente dito, as decisões que reconhecem o estado de coisas inconstitucional, ou aquelas que são produto de litígio estrutural, em nenhuma hipótese podem ser caracterizadas como decisões manipulativas.

23. A resposta que se propõe para uma categorização adequada das decisões do STF está na distinção metodológica entre interpretação e integração da Constituição. Ou seja, em admitir e justificar dogmaticamente que as próprias normas constitucionais podem ser objeto de *integração* (e não apenas de interpretação), sem que isso caracterize atividade “constituinte

originária”. As novas categorias decisórias devem ser capazes de (i) distinguir as hipóteses em que a decisão do Supremo Tribunal Federal se encontra dentro do programa (explícito ou implícito) da norma, daquelas que envolvem construção judicial; e, uma vez identificada a construção, de também conseguir (ii) conformar e diferenciar a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal com impacto nas normas constitucionais (o que inclui o controle de efetividade da Constituição), da atuação construtiva com impacto nas normas infraconstitucionais. Isso porque (i) o grau de criação e (ii) o objeto da fiscalização realizada pelo Supremo Tribunal Federal atraí fundamentos e parâmetros próprios.

24. A partir do resultado da distinção entre interpretação e integração das normas constitucionais surgem as duas categorias de decisão propostas para redirecionar o trânsito processual no Supremo Tribunal Federal: (i) a técnica da *inferência constitucional* e a (ii) técnica da *integração conforme à Constituição*. São complementares àquelas técnicas que têm como núcleo a interpretação constitucional, por proverem um resultado que se encontra *além* da mera interpretação, mas ainda assim dentro dos limites traçados pela Constituição.

25. Existe *inferência constitucional* toda vez que a questão jurídica demandar a criação de uma solução diretamente a partir de uma norma constitucional, enquanto que a *integração conforme à Constituição* surgirá diante de necessidade de normatização com impacto na legislação infraconstitucional ou na ausência de legislação. *Inferência constitucional* e *integração conforme à Constituição* representam um passo além quando comparadas às técnicas interpretativas, e se distinguem de acordo com o grau de criação e com o objeto analisado. Existe inferência constitucional toda vez que a questão jurídica exigir (i) definição do conteúdo das normas constitucionais, principalmente aquelas de natureza abstrata, como os princípios, (ii) de cuja operação resultem outras normas ou comandos para a realização da Constituição, (iii) desde que o resultado esteja de acordo ou não seja contrário à Constituição.

26. Em determinadas matérias o exercício de inferência é uma imposição, havendo comandos autorizativos concedidos pelo constituinte originário. As normas do art. 5º, LXXI e §§ 1º e 2º, da CF, traduzem o fundamento constitucional para a inferência em matéria de direitos fundamentais, e veiculam um *dever* a ser observado por todos os intérpretes de seu texto, notadamente pela corte responsável pela guarda da Constituição. Os dispositivos constitucionais citados referem-se, categoricamente, à operação de explicitação de outras normas protetivas de direitos fundamentais *decorrentes* do regime e dos princípios adotados pela Constituição, e à existência de uma norma de competência contida na previsão

constitucional do mandado de injunção, que autoriza a realização da atividade legislativa pelo Judiciário em tema de direitos fundamentais. Ou seja, a Constituição de 1988 estabelece o regime, as diretrizes, as finalidades, os princípios e os valores. Dentro dessa moldura, as soluções criativas podem ser propostas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo legislador, pelo administrador, pela sociedade civil – desde que para aumentar a proteção constitucionalmente atribuída aos direitos fundamentais.

27. Por sua vez, existe integração conforme à Constituição toda vez que o caso não comportar a aplicação direta da Constituição e (i) a lei for omissa, não sendo possível fazer uso da analogia (porque inexistente a mesma razão de direito) ou dos costumes, permanecendo a lacuna; (ii) nos casos de omissão legislativa – se não houver lei regulamentadora de direito previsto na Constituição (omissão total) ou se seu comando for incompleto (omissão parcial) – e, por fim, (iii) se a incidência da lei no caso concreto produzir um resultado inconstitucional (teoria do impacto desproporcional).

28. O primeiro limite à realização de inferência ou de integração constitucionais refere-se à impossibilidade de atuação criativa do Judiciário em matéria criminal *contra* o réu, haja vista a escolha constitucional originária pela regra da legalidade penal estrita. No extremo oposto estão as matérias em que juízes e tribunais estariam aprioristicamente mais aptos a decidir, como nas hipóteses de interesse direto dos demais Poderes e de conflitos de interesses entre membros e a instituição à qual pertencem. Por fim, para a ampla zona de incerteza restante, proponho três testes institucionais para o exercício da atividade normativa por juízes e tribunais, que se destinam a responder três perguntas: 1) existe *adequação* entre o pedido formulado ao Supremo Tribunal Federal e as habilidades e limites democráticos e institucionais da Corte? Ou seja, o STF possui, comparativa e contingentemente, maior capacidade institucional? (*teste democrático-institucional*); 2) Caso atendido o pedido, a decisão produzida pelo STF mantém – ou ao menos não suprime – o *necessário* diálogo institucional entre os Poderes? (*teste dialógico*); 3) É positiva a *proporção* entre os incentivos gerados pela decisão e o fim da inércia e/ou do bloqueio dos poderes majoritários? (*teste de incentivos*).

29. A interpretação jurídica em geral, e a interpretação constitucional em específico, não podem descuidar do *elemento institucional*. A teoria das capacidades institucionais é uma tentativa nesse sentido. Mas outras questões devem ser levantadas na tentativa de criar parâmetros para a atuação judicial, principalmente naquelas matérias em que não se verifica a

vantagem comparativa do Judiciário para proferir a decisão inicial, nem sua total inaptidão para intervir. A manutenção do ideal democrático – e, quiçá, da própria Constituição de 1988 –, depende da proteção de direitos. Mas jamais dependeu tanto do bom funcionamento do sistema de freios e contrapesos.

30. Por fim, o quadro atual das categorias de decisão do STF pode ser assim sistematizado:

(I) *quanto à declaração de constitucionalidade*

- a) declaração pura e simples de constitucionalidade (rejeição do pedido de declaração de inconstitucionalidade);
- b) declaração de (ainda) constitucionalidade da norma, ou de trânsito para a inconstitucionalidade, com ou sem apelo ao legislador;
- c) declaração de constitucionalidade da norma, com modulação temporal de efeitos;
- d) decisão paramétrica de constitucionalidade.

(II) *quanto ao juízo de não-recepção*

- a) declaração pura e simples de não-recepção;
- b) declaração de não-recepção com modulação temporal de efeitos.

(III) *quanto à declaração de inconstitucionalidade*

- a) declaração pura e simples de inconstitucionalidade (acolhimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade);
- b) declaração de inconstitucionalidade parcial mediante interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto;
- c) declaração de inconstitucionalidade parcial mediante interpretação conforme à Constituição, com redução de texto;
- d) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, com ou sem apelo ao legislador;
- e) declaração de inconstitucionalidade parcial com redução de texto;
- f) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade;
- g) declaração de inconstitucionalidade (total ou parcial) com modulação *temporal* de efeitos;
- h) declaração de inconstitucionalidade (total ou parcial) com modulação *subjéctiva* de efeitos;
- i) declaração incidental de inconstitucionalidade em controle abstrato, com efeitos vinculantes.

(IV) *quanto às decisões criativas*

- a) decisão construtiva por inferência constitucional (por aplicação direta de princípios e regras constitucionais, ou para a construção de competência constitucional)

- b) decisão construtiva por integração conforme à Constituição (para suprir lacuna constitucional ou para evitar impacto desproporcional)

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 14, jan./abr. 2014 .

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, number 3, volume 113, 2000.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Dois problemas de operacionalização do argumento das capacidades institucionais*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24293>>. Acesso em 03 jan. 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das ‘capacidades institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, jan-jun. 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. In: *CEBRAP*, vol.37 no.1 São Paulo Jan./Apr. 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013.

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

BANCO MUNDIAL. The act on the prevention of conflict of interest. Disponível em <https://publicofficialsfinancialdisclosure.worldbank.org>. Acesso em 15 jan. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Revista Jurídica Virtual da Presidência*. Brasília, vol. 2, n. 15, ago. 2000. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1001/985>. Acesso em 15 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019, no prelo.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1955.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRANCO, Ricardo. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 44, jan-jun 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Constitutional Courts as Positive Legislators*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.

BRUST, Léo. *A tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

CAMPO, Javier Jiménez. La declaración de inconstitucionalidad de la ley. In: LLORENTE, Francisco Rubio e CAMPO, Javier Jiménez. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madri: McGraw-Hill, 1998.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. *Revista de Processo*, v. 246, ago. 2015, p. 403-427.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 19 jun. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. In. *Hermenêutica, Constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale, II – L'ordinamento costituzionale italiano*. Padova: CEDAM, 1984.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 226.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol.1. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom e MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. Osasco: EDIFIEO, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, out/dez-2002.

FREIRE, Alonso. Longevidade constitucional: o caso da Constituição de 1988. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/longevidade-constitucional-1988-21052018>. Acesso em 21 mai. 2018.

GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 170, out.dez/1987.

GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Tipología de nuestras Sentencias Constitucionales. *Revista Universitas*, núm. 108, dez. 2004.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la leggi: lezioni di diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1995.

ISRAEL, Lucas Nogueira. *A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar*. Dissertação de mestrado, 2014.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de injunção como poder-atribuição. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs.). *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). *Revista de Direito Público*, n. 1, jul-set 2003, p. 108-109.

KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austríaca e americana. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KRAMER, Larry D. *The people by themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LANDA, César. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, 2009, p. 295. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/3875/3407>. Acesso em 12 jun. 2018.

LEITE, Fábio Carvalho. Mitos e equívocos sobre a participação do senado no controle de constitucionalidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 52, jan/jun 2018. Disponível em <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1055/505>. Acesso em 18 set 2018.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Crown Publishing, 2018.

LLORENTE, Francisco Rubio e CAMPO, Javier Jiménez. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madri: McGraw-Hill, 1998.

LOPES, Pedro Moniz. Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa: análise de enunciados constitucionais de preferência. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009.

LUNARDI, Soraya. *Teoria do processo constitucional: análise de sua autonomia, natureza e elementos*. São Paulo: Atlas, 2013, p.178.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2007.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autorrestrrição, expansão e ambivalência. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum.

MELO, Teresa. Algoritmo ou destino: a constitucionalização do direito do trabalho a partir dos votos do Ministro Luís Roberto Barroso. In: SARAIVA, Renata; OSÓRIO, Aline; GOMES, Estêvão; PEPE, Rafael Gaia (coords.). *Ministro Luís Roberto Barroso – 5 anos de Supremo Tribunal Federal: homenagem de seus assessores*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

MELO, Teresa. *Precisamos falar sobre a Colômbia: tipos de sentença e técnicas de decisão da Corte Constitucional*, 2018, no prelo.

MELO, Teresa. *Supremo em ação: o que nos diz a mais nova ferramenta de controle da Corte*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supremo-em-acao-ferramenta-controle-10052018>>.

MENDES, Conrado Hübner. *Ativismo social, não judicial*. Disponível em <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/ativismo-social-nao-judicial-22983759>. Acesso em 16 ago. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento, São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. Caderno Opinião. Jornal Folha de São Paulo, Edição de 01 de fevereiro de 2010. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em 12 dez. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: críticas às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MORAES, Guilherme Peña. *Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012, p.105.

MORAIS, Carlos Blanco de. Introdução às sentenças manipulativas e aos seus fundamentos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, AAFDL, 2009.

MORELLI, Sandra. The Colombian Constitutional Court: from institutional leadership, to conceptual audacity. In: BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Constitutional Courts as Positive Legislators*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.

NOWAK, Jonh E. e ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. Saint Paul: West Publishing Co, 1995.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *RBDP*, Belo Horizonte, n.39, out-dez.2012.

OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

PAIVA, Paulo Frederico. Decisões manipulativas em controle de constitucionalidade e sua admissibilidade em matéria criminal. *Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, ano 2, 2008/2009.

PANZERA, Claudio. *Interpretare, manipolare, combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della corte costituzionale*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

PEGORADO, Lúcio. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário pode ser entendido como representante do povo? Um diálogo com “A razão sem voto” de Luís Roberto Barroso. In: VIEIRA, Oscar Vilhena e GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. São Paulo: FGV Direito SP Editora, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Ano 4, número 13, jan./mar. 2009.

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

PIMENTA ALVES, Clara da Mota Santos. *Mutação constitucional na era do ativismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PIRES, Thiago Magalhães. Legislador negativo? O STF e a vinculação dos juizados especiais à jurisprudência do STF. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 15, jul-set 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005

PUGIOTTO, Andrea. *Sindacato di Costituzionalità e “Diritto Vivente”*: genesi, uso, implicazioni. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

RODRÍGUEZ-Patrón, Patricia. *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 2003.

RODRÍGUEZ-Patrón, Patricia. La libertad del tribunal constitucional alemán. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 21, número 62, maio-agosto 2001.

RUA, Maria das Graças Rua; ROMANINI. *A concepção do ciclo de políticas públicas*. Disponível em <http://igepp.com.br/uploads/ebook/para_aprender_politicas_publicas_unidade_06.pdf>. Acesso em 30 abr. 2017.

SALVATO, Luigi. *Profillo del “diritto vivente” nella giurisprudenza costituzionale*. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf. Acesso em 4 nov. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite, As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo; VIANNA, Rodrigo. A tutela dos direitos fundamentais e o STF como “legislador positivo”. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 13, n. 2, jul-dez 2013.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

SARMENTO, Daniel. <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo-06012015>>. Acesso em 30 abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARMENTO, Daniel. A Igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação ‘de facto’, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos->

[direitos-sociais.alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmiento.pdf](#). Acesso em 7 dez. 2018.

SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 12, jul/dez 2012.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidade institucional do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan-jun 2006.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Revista Interesse Público*, v. 43, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SOUSA FILHO, Ademar Borges. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 13, n. 74, p. 65-75, mar./abr. 2014. Parecer.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Law School*, nº156, 2002.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Inovações constitucionais no direito penal. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 3, n. 4, 1990.

TRIBE, Lawrence. *The invisible constitution*. Oxford University Press: New York, 2008.

TOLEDO. Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOSTA, André Ribeiro. *Inovação institucional e Direito Público*. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, 2018.

TUSHNET, Mark V. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark V. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. Constitutional hardball. *The John Marshall Law Review*, vol. 37, n. 2, 2004. Disponível em <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12916580/Constitutional%20Hardball%2037%20>

J.%20Marshall%20L.%20Rev.%20523%20%282004%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
Acesso em 10 jan. 2019.

VÁSQUEZ, Jorge León. El Tribunal Constitucional y la configuración de su derecho procesal. *Segunda Época*, nº 2, junio-julio 2009. Disponível em derechovirtual.com. Acesso em 28 ago. 2018.

VEGA, Augusto Martín de la. *La sentencia constitucional en Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 223-225.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Da supremocracia à ministrocracia*. Caderno Opinião. Jornal Folha de São Paulo. Edição de 28 de abril de 2018. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenaveira/2018/04/da-supremocracia-a-ministrocracia.shtml>. Acesso em 12 dez. 2018.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Oxford University Press, 1967.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, volume 115, número 6, 2006.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2018.